

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



**TUTELA PROCESSUAL DE
DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS: INFLEXÕES NO
“DUE PROCESS OF LAW”**

Guilherme Guimarães Feliciano

*Tese orientada pela Professora Doutora PAULA COSTA E
SILVA especialmente elaborada para a obtenção do grau de
doutor em Ciências Jurídicas (Direito Processual Civil)*

2013

“O tribunal grego dos heliastas ditava justiça como o cádi; as partes tratavam de influir sobre os juizes com procedimentos patéticos: lágrimas e imprecações ao adversário. Como revelam os discursos de Cícero, este procedimento se conheceu também nos processos políticos de Roma, mas não nos civis, onde impunha um iudex, firmando severas instruções para sentenciar o acusado ou anular a questão. [...] O importante na evolução é, sem dúvida, a racionalização do processo”.

(Max Weber)

“Pensar de modo diverso do aceito pela corrente do momento tem sempre um caráter clandestino e danoso, quase indecente, doentio ou blasfemo, e por essa razão é socialmente perigoso para o indivíduo. Aquele que pensa por conta própria está nadando insensatamente contra a corrente”.

(C. G. Jung)

*“Quem não tem senha não tem lugar marcado.
Eu sinto muito, mas já passa do horário.
Entendo seu problema, mas não posso resolver:
É contra o regulamento, está bem aqui, pode ver”.*

(Renato Russo, “*Metrópole*” – Legião Urbana, *Dois*, 1986).

APRESENTAÇÃO DO TEXTO

Esta Apresentação tem o propósito de subministrar informações úteis à leitura da Tese, com vista à perfeita compreensão de seu texto e à apreensão do respectivo balizamento metodológico, na pesquisa e na redação.

A. Elementos formais de organização e tempo

A Tese está redigida em Língua Portuguesa, seguindo as regras ortográficas unificadas para a CPLP (cf., no Brasil, os Decretos Legislativos ns. 54/1995 e 120/2002).

Todas as citações bibliográficas são feitas em notas de rodapé. Aparecem completas na primeira referência à obra e seguem reduzidas, com menção ao autor, ao título e à página, nas referências subsequentes. Optou-se por esse sistema, em detrimento do sistema “autor-data”, para uma melhor unidade estética, ante a necessidade — própria das ciências sociais — de *notas explicativas* (menos encontradiças em ciências exatas e biológicas), impraticáveis sem o recurso aos rodapés, caso não se opte por notas de fim (que, por sua vez, dificultam ao leitor as consultas). Nas referências consecutivas, emprega-se a expressão “*idem, ibidem*” para significar mesma obra e mesma página, ou apenas “*idem*”, com menção à página, se essa não coincidir. Nas referências subsequentes de autor com única obra consultada, emprega-se somente a expressão “*op.cit.*”, com menção à página (ou “*loc.cit.*”, em se tratando de sítios na *internet*).

As principais disposições legais examinadas estão transcritas no corpo do texto ou em nota de rodapé, assegurando leitura fluente a portugueses e a brasileiros.

As transcrições e citações de jurisprudência portuguesa que não possuem referência de fonte (BMJ, Colectânea de Jurisprudência, etc.) foram extraídas das Bases Jurídico-

Documentais do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça (*dgsi-ITIJ*), do Ministério da Justiça. Essas podem ser acessadas no endereço eletrônico <http://www.dgsi.pt>. Também foram eventualmente obtidas no endereço eletrônico http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/jurisprudencia_main.php. As transcrições e citações de jurisprudência brasileira, sem referência de fonte, foram extraídas dos seguintes repertórios: <http://www.stf.jus.br>; <http://www.stj.jus.br>; <http://www.tst.jus.br>; e <http://www.jusbrasil.com.br>. Transcrições e citações de jurisprudência norte-americana, sem referência de fonte, foram acessadas nos seguintes endereços: <http://supreme.justia.com>, <http://www.law.cornell.edu>, <http://www.oyez.org/cases>, <http://co.findacase.com> e <http://openjurist.org>. Transcrições e citações da jurisprudência constitucional alemã, sem referência de fonte, foram acessadas nos endereços <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> e <http://www.servat.unibe.ch/dfr>. Transcrições e citações da jurisprudência constitucional espanhola, sem referência de fonte, foram consultadas nos sítios eletrônicos <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx> e <http://www.legalsolo.com/sentencias>. E, por fim, as transcrições e citações da jurisprudência do TEDH, sem referência de fonte, foram acessadas no endereço <http://hudoc.echr.coe.int>.

As transcrições de textos em língua estrangeira aparecem traduzidas para a Língua Portuguesa quando figuram no texto principal. Excetuam-se, porém, os casos em que o idioma original propicie melhor compreensão ou estética retórica, ou quando, por qualquer razão, não deva ser dissociado da estrutura do pensamento (como nas citações de textos legislativos, judiciais ou clássicos). Nas notas de rodapé, as transcrições surgem no original, em itálico. Também as expressões em Latim ou em língua estrangeira são reproduzidas em itálico. Nalguns casos, para fins de realce, aspas são acrescentadas. .

Transcrições com mais de quatro linhas são feitas em parágrafo recuado, com fonte e espaçamento reduzidos. Ocasionalmente, esse mesmo formato serve para realçar excertos menores. Referências internas às transcrições, grafadas entre colchetes, são da lavra do Autor.

As notas de rodapé que não trouxerem indicações bibliográficas encaminham afirmações ou conclusões do próprio Autor. Para efeitos meramente distintivos, a expressão “Autor”, com inicial maiúscula, designa o autor desta Tese. Demais autores são designados pelas expressões “autor” ou “autores”, grafadas em letra minúscula.

As abreviaturas obedecem à relação a seguir disposta (*Índice de Abreviaturas*), atentando-se a que não discriminaremos, nas menções abreviadas, entre legislação portuguesa e brasileira. No caso português, todos os artigos são grafados como números ordinais (º); no brasileiro, grafam-se como ordinais apenas os nove primeiros dispositivos. Para esclarecimentos, de toda sorte, caberá ao leitor perceber o contexto e consultar, quando o caso, a respectiva abreviatura no índice abaixo, verificando a procedência nacional do texto legislativo citado.

Quanto aos diplomas igualmente nominados no Brasil e em Portugal (*e.g.*, Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil, Código Penal, etc.), a citação de um código, sem menção à sua origem nacional, remeterá sempre à legislação brasileira. O mesmo se aplica às leis em geral. Os códigos portugueses são designados pela sua procedência nacional, exceto quando houver abreviatura própria (*e.g.*, CSC), ou quando a inserção contextual bastar à sua determinação. No caso de abreviaturas que remetem a entidades essencialmente distintas (*e.g.*, CVM, que em Portugal designa o Código de Valores Mobiliários — Decreto-lei 486/99, de 13.11.1999 — e no Brasil designa a Comissão de Valores Mobiliários — Lei 6.385, de 07.12.1976), optou-se por empregá-las somente para o caso português, reservando a referência por extenso ao caso brasileiro.

Nos textos correntes, nomes de autores e de personagens históricos serão sempre grafados em caixa alta, para efeito de realce e melhor identificação pelo leitor, mesmo porque não haverá índice onomástico.

Para discrepar níveis de atenção durante a leitura, as aspas (“”) são empregadas para as expressões centrais do jargão jurídico ou do discurso filosófico a que o texto recorre (ora por encerrarem conteúdos técnico-conceituais relevantes para o estudo, ora

pelo uso discursivo consagrado), como também para outras expressões ou frases que requeiram destaque ou não estejam em Língua Portuguesa.

A pesquisa foi finalizada em **15.01.2013**, de modo que quaisquer alterações legislativas posteriores, em quaisquer dos sistemas legais consultados, não terão sido consideradas. Isso inclui, em Portugal, o PL n. 521/2012, encaminhado ao Parlamento pelo Conselho de Ministros para a reforma do processo civil português (22.11.2012), “*mediante a redução das formas de processo e a simplificação do regime, assegurando eficácia e celeridade*” (conforme o programa do XIX Governo Constitucional). Uma vez que o projeto ainda não havia sido aprovado ao tempo do fechamento da tese, as alterações ali propostas não foram examinadas.

A conclusão geral e a bibliografia consultada e citada constam dos dois últimos capítulos desta Tese.

B. Terminologia

O termo “Direito” é grafado com inicial maiúscula quando refere à Ciência do Direito ou o sistema do Direito (“*in abstracto*”), ou ainda quando, objetivamente especificado, reporta uma disciplina jurídica universalmente reconhecida (Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Romano, etc.). Nos demais usos, notadamente quando circunscritos no tempo (*e.g.*, direito medieval) ou no espaço (*e.g.*, direito alemão), emprega-se a inicial minúscula.

Designa-se por “Jurisprudência”, com inicial maiúscula, a Ciência do Direito, seguindo a tradição alemã (“*Jurisprudenz*” = “*Rechtswissenschaft*”); e por “jurisprudência”, com inicial minúscula, o repertório de decisões dos tribunais judiciais ou administrativos com sentido convergente.

Na mesma linha, ademais, alguns substantivos comuns são grafados com iniciais maiúsculas quando se quer realçar certo conceito ou ideia por eles encerrados, dando-lhes

centralidade no contexto em que aparecem. Fora dessa circunstância, poderão ser grafados com iniciais minúsculas. Assim, “Ciência” (como conceito) e “ciência” (nos seus vários usos comuns); “Verdade” (como conceito e ideia-força do §18º) e “verdade” (nos seus vários usos comuns); “Democracia” (como conceito e ideia-força do tópico 12.1) e “democracia” (nos seus vários usos comuns); “República” (como ideia-força) e “república” (nos seus vários usos comuns, ou como *determinada* república); “Justiça” (como instituição) e “justiça” (nos seus vários usos comuns).

A expressão “direitos humanos fundamentais”, se presente em orações que não indiquem especificidade, será empregada como gênero, abrangendo, por sinédoque, tanto os próprios direitos (“*stricto sensu*”) como também as garantias e as liberdades fundamentais. Opta-se no particular por essa expressão mais abrangente, seja pelo seu uso comum na tradição jurídica brasileira, seja porque semanticamente é mais compreensiva que as expressões “direitos fundamentais” (geralmente atrelada à ideia de positividade das normas jurídicas correspondentes) ou “direitos humanos” (ora ligada a concepções jusnaturalistas, ora ao ambiente jurídico internacional), seja porque, enfim, já adotada inclusive em documentos da UNESCO (“*droits de l’homme fondamentaux*” — e.g., THEODOOR C. VAN BOVEN, 1978).

RESUMOS

SUMÁRIO: 1. *Devido processo legal (inflexões).* 2. *Garantias processuais.* 3. *Substantive due process.* 4. *Procedural due process.* 5. *Ativismo judicial.* 6. *Poderes assistenciais do juiz.* 7. *Princípio da instrumentalidade das formas*

A cláusula do devido processo legal é dotada de jusfundamentalidade e detém natureza bifronte (direito e garantia), unificando uma dimensão processual (“*procedural due process*”) e uma dimensão material (“*substantive due process*”) que se amalgamam indecomponivelmente. Seu manejo racional permite construir um modelo hermenêutico apto a explicar inflexões judiciais do devido processo legal-formal que se prestem à salvaguarda de direitos fundamentais em crise, escapando de um “*modus faciendi*” circular e intuitivo. Por esse modelo, as restrições ao devido processo legal-formal (= *inflexões*) são constitucionalmente legítimas, se lastreadas em juízos histórico-concretos de ponderação — *i.e.*, proporcionalidade/razoabilidade — que preservem os núcleos essenciais irredutíveis dos direitos processuais constitucionais afetados pelas inflexões (geralmente circunscritas ao universo das normas-regras de processo/procedimento). As inflexões formais decorrem de específicos poderes assistenciais acometidos a juízes e tribunais, a partir dos quais se deduzem normas constitucionais adscritas definidoras de novos direitos processuais fundamentais, como o direito a um processo efetivo, o direito a um procedimento adequado, o direito a um contraditório eficaz, o direito a uma jurisdição corretiva e transformadora, o direito à coisa julgada constitucional e o direito a meios de execução efetivos e adequados. Propõe-se, por tudo, uma concepção integrativa do “*due process of law*”, mais apropriada à pós-modernidade e a um ativismo judicial salutar, que imprima racionalidade às inflexões processuais materialmente justificáveis. Tais inflexões são, afinal, um fenômeno natural de acomodação da normatividade complexa da cláusula do devido processo, desde que respeitados os seus limites imanentes e dialógicos.

ABSTRACT: 1. *Due process of law (inflections).* 2. *Procedural guarantees.* 3. *Substantive due process.* 4. *Procedural due process.* 5. *Judicial activism.* 6. *Judicial assistential powers.* 7. *Principle of the instrumentality of the forms*

The due process clause has constitutional basic-rights essence and holds a bifrontal nature (right and guarantee), unifying a procedural dimension (“*procedural due process*”) and a material dimension (“*substantive due process*”) that merge themselves indivisibly. Its rational management helps build a hermeneutic model able to explain judicial inflections in the legal procedure that provide protection to basic human rights in crisis, escaping a circular and intuitive “*modus faciendi*”. For this model, restrictions on procedural due process (= inflections) are constitutionally legitimate, if supported by concrete and historical balances — *i.e.*, proportionality/reasonableness — that preserve the irreducible essential core of the constitutional procedural rights affected by the inflections (usually circumscribed by the universe of procedural rules). The formal inflections derive from specific judicial assistential powers granted to judges and courts, from which they are deduced ascribed constitutional rules of law defining new fundamental procedural rights. These include rights such as the right to the effective process, the right to an adequate procedure, the right to an effective adversarial system, the right to a corrective and transformative jurisdiction, the right to the constitutional res judicata and the right to suitable and effective means of judgement execution. Thus we propose an integrative concept of “*due process of law*”, more appropriate to

postmodernity and salutary judicial activism, that gives rationality to the procedural inflexions materially justifiable. Such inflexions are, after all, a natural phenomenon of accommodation into the complex normativity of due process clause, provided be respected its inherent and dialogical limits.

RÉSUMÉ: 1. *Procès équitable (inflexions)*. 2. *Garanties processuelles*. 3. *Substantive due process*. 4. *Procedural due process*. 5. *Activisme judiciaire*. 6. *Pouvoirs judiciaires d'assistance*. 7. *Principe de l'instrumentalité de formes*

La clause du procès équitable possède caractère de droit fondamental et détient nature bifrontal (droit et garantie), unifiant une dimension procédurale ("*procedural due process*") et une dimension matérielle ("*substantive due process*") qui se fusionnent de manière indivise. Sa gestion rationnelle permet de construire un modèle herméneutique en mesure d'expliquer inflexions judiciaires dans la procédure legal qui offrent protection aux droits fondamentaux en situation de crise, échappant à un "*modus faciendi*" circulaire et intuitive. Par ce modèle, les restrictions sur les formes du procès équitable (= inflexions) sont constitutionnellement légitime, s'ils sont soutenue par des pondérations historiques et concrètes — *i.e.*, proportionnalité/raisonnabilité — qui préservent l'irréductible noyau essentiel des droits processuels constitutionnels touchés par les inflexions (habituellement circonscrites à l'univers des règles de procédure). Les inflexions formelles dérivent de certains pouvoirs judiciaires d'assistance conférés aux juges et aux tribunaux, à partir desquelles sont déduits normes constitutionnelles attribués que définissent nouveaux droits processuels fondamentaux, comme le droit à un procès effectif, le droit à une procédure adéquate, le droit à un contradictoire efficace, le droit à une juridiction de correction et de transformation, le droit à la chose jugée constitutionnel et le droit à des mesures appropriés et efficaces de l'exécution des jugements. Ainsi, nous proposons un concept intégratif du "*due process of law*", plus approprié à la postmodernité et a un salutaire activisme judiciaire, qui donne rationalité aux inflexions processuelles matériellement justifiables. Ces inflexions sont, après tout, un phénomène naturel de l'accommodement dans la normativité complexe de la clause du procès équitable, à condition de respecter leurs limites inhérentes et dialogiques.

PLANO GERAL

INTRODUÇÃO

- § 1º. Introito
- § 2º. As teses
- § 3º. Justificativas
- § 4º. Metodologia e percurso da exposição
- § 5º. Pressupostos de investigação
- § 6º. Delimitação geográfica da abordagem. Enfoques prioritários

PARTE I - O “*DUE PROCESS OF LAW*” NA HISTÓRIA E NO DIREITO

CAPÍTULO 1 - DEVIDO PROCESSO LEGAL: ESCORÇO HISTÓRICO, ATUALIDADES E PERSPECTIVAS GERAIS

- § 7º. Solução pública de conflitos e garantias processuais na Antiguidade
- § 8º. Garantias processuais na Idade Média
- § 9º. Garantias processuais na Idade Moderna
- § 10º. Garantias processuais na Idade Contemporânea
- § 11º. Garantias processuais no Direito pós-moderno

CAPÍTULO 2 - “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*”

- § 12º. “*Substantive due process*” e Estado Democrático de Direito
- § 13º. “*Substantive due process*” e Estado Republicano
- § 14º. “*Substantive due process*” e princípio da proporcionalidade
- § 15º. O “*substantive due process*” na jurisprudência

CAPÍTULO 3 - “*PROCEDURAL DUE PROCESS*”

§ 16º. O devido processo formal

§ 17º. “*Procedural fairness*” e abuso de direitos processuais: a repulsa do “indevido processo”

§ 18º. “*Procedural due process*”, justo processo e “Verdade”

§ 19º. Processo equitativo no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

§ 20º. O “*procedural due process*” na jurisprudência

CAPÍTULO 4 - AS DIMENSÕES DO DEVIDO PROCESSO E AS SUAS INTERAÇÕES SISTÊMICAS (CONCLUSÕES PARCIAIS)

PARTE II - DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E “*DUE PROCESS OF LAW*”

CAPÍTULO 1 - PROCESSO E TUTELA DE DIREITOS

§ 21º. O Estado liberal e as liberdades públicas. O juiz imparcial

§ 22º. O Estado social e as funções sociais do Estado. O juiz engajado

§ 23º. O Poder Judiciário no Estado Pós-Moderno. O juiz construtivo

CAPÍTULO 2 - DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

§ 24º. Direito, princípios e regras. Um diálogo com ALEXY e DWORKIN (interlúdio)

§ 25º. O devido processo legal no rol dos direitos humanos fundamentais: direito ou garantia? As restrições jusfundamentais. O princípio do devido processo legal possui um conteúdo essencial intangível?

§26º. Concreções do devido processo legal formal ou procedimental

PARTE III - A TUTELA PROCESSUAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUAS INFLEXÕES NO DEVIDO PROCESSO FORMAL

CAPÍTULO 1 – CASUÍSTICA DE INFLEXÕES FORMAIS NO PROCESSO

§ 27º. Inflexões basais na competência e no direito de ação

§28º. Inflexões nos direitos de defesa

§ 29º. Inflexões no direito de prova (I). Repartição do ônus da prova

§30º. Inflexões no direito de prova (II). Poderes instrutórios do juiz

§ 31º. Inflexões no direito de prova (III). Admissibilidade da prova e tutela judicial efetiva

§32º. Outras inflexões: relativização da coisa julgada

CAPÍTULO 2 - O JUIZ CONSTRUTIVO E A ADSCRIÇÃO CONSTITUCIONAL DE NOVOS DIREITOS PROCESSUAIS

§33º. Poderes assistenciais: limites. Dos (novos) direitos processuais constitucionalmente adscritos

TESE

§34º. Teses. Devido processo integral: por um modelo racional de decisão nas inflexões formais

ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL: Associação Acadêmica dos Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa

AASP: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo (Brasil)

abr.: abril

ac.: acórdão

ADC: ação declaratória de constitucionalidade (Brasil, artigo 102, I, “a”, 2ª parte, da CRFB)

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Brasil)

ADI: ação direta de inconstitucionalidade (Brasil, artigo 102, I, “a”, 1ª parte, da CRFB)

ADPF: arguição de descumprimento de preceito fundamental (Brasil, artigo 102, §1º, da CRFB)

Ag: agravo (Brasil, artigo 496, II, do CPC)

ago.: agosto

AgP: agravo de petição (Brasil, artigo 897, “a”, da CLT)

AgRg: agravo regimental (Brasil)

AI: agravo de instrumento (Brasil, artigo 524 do CPC)

AI-5: Ato Institucional n. 05, de 13.12.1968 (Brasil)

AMATRA XV: Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (Brasil)

AMB: Associação dos Magistrados Brasileiros (Brasil)

ANAMATRA: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Brasil)

ANPR: Associação Nacional dos Procuradores da República (Brasil)

AO: ação originária (Brasil, STF, artigo 102, I, da CRFB)

AP: ação penal (Brasil, artigos 24 a 62 do CPP)

Apel. Crim.: apelação em processo criminal

Apel.: apelação

art.: artigo

ASJP: Associação Sindical dos Juizes Portugueses

Aufl.: *Auflage* (edição)

BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil — Alemanha, 18.08.1896)

BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal — Alemanha)

BGHZ: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (Alemanha)

BMJ: Boletim do Ministério da Justiça (Portugal, Ministério da Justiça, ISSN 0870)

BOE: *Boletín Oficial de Espana*

BVerfG: *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal — Alemanha)

BVerfGE: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* (Alemanha)

BverfGG: *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (Lei do Tribunal Constitucional Federal — Alemanha)

c.: cânone ou cânon (direito canônico)

C.: colendo (a)

c.c.: concorrente com

c.c.g.: cláusulas contratuais gerais (Portugal, Decreto-lei n. 446, de 25.10.1985)

Câm.: Câmara

Cap.: capítulo (s)

Cass.: *Corte Suprema di Cassazione* (Itália)

CC: Código Civil (Portugal, Decreto-lei 47.344, de 25.11.1966)

CC: conflito de competência (Brasil, artigos 115 a 123 do CPC)

CDC: Código de Defesa do Consumidor (Brasil, Lei n. 8.078, de 11.09.1990)

CDF: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EU, 07.12.2000)

CDH: Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (PIDCP, artigo 28º)

CE: *Constitución española*, de 27.12.1978

CEBRAP: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Brasil)

CEDH: Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Conselho da Europa, 04.11.1950)

cf.: conferir

CGJT: Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (Brasil)

CIDH: **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**

CIJ: Corte Internacional de Justiça

cit.: citado

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil, Decreto-lei n. 5.452, de 01.05.1943)

CNJ: Conselho Nacional de Justiça (Brasil, artigos 92, I-A, e 103-B da CRFB)

COAF: Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Brasil, Lei n. 9.613, de 03.03.1998)

comp.: compilador(es)

CONAMAT: Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Brasil, ANAMATRA)

Cons.: Conselheiro (Portugal)

coord.: coordenadores

CP: Código Penal (Portugal, Decreto-lei n. 400, de 23.09.1982, revisto e publicado pelo Decreto-lei 48/95, de 15.03.1995; Brasil, n. Lei 2.848, de 07.12.1940)

CPC: Código de Processo Civil (Decreto-lei n. 44.129, de 28.12.1961 e republicado pelo Decreto-lei n. 329-A/95, de 12.12.1995; Brasil, Lei n. 5.869, de 11.01.1973)

CPI: Corte Penal Internacional (Haia, Estatuto de Roma, 17.07.1998)

CPLP: Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

CPO: *Civilproceß-Ordnung* (Código de Processo Civil — Alemanha, 30.01.1877, na versão original)

CPP: Código de Processo Penal (Portugal, Decreto-lei n. 78, de 17.02.1987; Brasil, Decreto-lei n. 3.689, de 03.10.1941)

CPT: Código de Processo do Trabalho (Portugal, Decreto-lei n. 480, de 09.11.1999)

CPTA: Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Portugal, Lei n. 15, de 22.02.2002)

CRFB (ou CF): Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988

Crim.: criminal

CRP: Constituição da República Portuguesa, de 02.04.1976

CSC: Código das Sociedades Comerciais (Portugal, Decreto-lei n. 262, de 02.09.1986)

CSER: Carta Social Europeia Revisada (Conselho da Europa, Estrasburgo, 03.05.1996)

CT: Código do Trabalho (Portugal, Lei n. 7, de 12.02.2009)

CTB: Código de Trânsito brasileiro (Brasil, Lei n. 9.503, de 23.09.1997).

CtIDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos

CTN: Código Tributário Nacional (Brasil, Lei n. 5.172, de 25.10.1966)

CTPS: Carteira do Trabalho e da Previdência Social (Brasil, artigo 13 da CLT)

CUT: Central Única dos Trabalhadores (Brasil)

CVM: Código dos Valores Mobiliários (Portugal, Decreto-lei n. 486, de 13.11.1999)

D.: Digesto

d.: *don* (Espanha)

DDHC: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (França, 26.08.1789)

dec. mon.: decisão monocrática

DEJT: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (Brasil)

DEM: Partido dos Democratas (Brasil)

Dep.: Deputado

Des.: Desembargador

dez.: dezembro

dir.: diretor

DJ: Diário da Justiça (Brasil) — Distrito Federal e Estados brasileiros

DJe: Diário da Justiça eletrônico (Brasil)

DJU: Diário da Justiça da União (Brasil)

DL: Decreto-lei (Portugal, artigo 112º, 1, da CRP; Brasil, artigo 55 da EC n. 1/1969)

DNA (ou ADN): ácido desoxirribonucleico (“*deoxyribonucleic acid*”)

DOE: Diário Oficial do Estado (Brasil)

DOU: Diário Oficial da União (Brasil)

DR: Diário da República (Portugal)

DUDH: Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 10.12.1948)

E.: egrégio(a)

e.g.: *exempli gratia*

EC: emenda constitucional

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, Lei n. 8.069, de 13.07.1990)

ECAD: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de direitos autorais de músicas (Brasil, Leis ns. 5.988/1973 e 9.610/1998)

ed.: edição, editor

ED: embargos de declaração

EEOC: *Equal Employment Opportunity Commission* (EUA)

EheG: *Ehegesetz* (Lei do Casamento — Alemanha, 20.02.1946)

em.: eminente

Emb.Div.: embargos de divergência

EMJ: Estatuto dos Magistrados Judiciais (Portugal, Lei n. 21, 30.07.1985)

E-RR: embargos em recurso de revista (Brasil, artigo 894, “a” e “b”, da CLT)

et al.: *et alii* (e outros)

EUA (U.S.): Estados Unidos da América (*United States of America*)

EuGRZ: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (Revista Europeia de Direitos Humanos — Alemanha, N. P. Engel Verlag, ISSN 0341-9800)

FDL: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica)

fev.: fevereiro

FFLCH: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

g.n.: grifos (negritos) nossos

GDDC: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (Procuradoria Geral da República, Portugal)

GG: *Grundgesetz* (Lei Fundamental — Alemanha, 23.05.1949)

GNR: Guarda Nacional da República (Portugal)

GVG: *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária — Alemanha, 12.09.1950)

HC: *habeas corpus* (artigo 222º do CPP português; artigo 647 do CPP brasileiro)

HLA (ou ALH): antígenos leucocitários humanos (“*human leukocyte antigen*”)

Hrsg.: *Herausgeber* (editor)

i.e.: isto é, *id est*

IML: Instituto de Medicina Legal (Portugal), Instituto Médico Legal (Brasil)

IN: Instrução Normativa

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social (Brasil, Lei n. 8.029, de 12.04.1990)

IP: Inquérito Policial (Brasil, artigos 4º a 23 do CPP)

ITIJ: Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça (Portugal)

j.: julgado

jan.: janeiro

jul.: julho

jun. junho

JuS: *Juristische Schulung* (Revista Instrução Jurídica — Alemanha, C. H. Beck Verlag, ISSN 0022-6939)

KSchG: *Kündigungsschutzgesetz* (Lei da Proteção dos Empregos — Alemanha, 10.08.1951)

L. (l.): livro

LC: Lei Complementar (Brasil, artigo 59, II, da CRFB)

LCP: Lei das Contravenções Penais (Brasil, Decreto-lei n. 3.688, de 03.10.1941)

LEX-STF: LEX Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Brasil, São Paulo, LEX Editora, ISBN 01008390)

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil (Brasil, Decreto-lei n. 4.657, de 04.09.1942)

LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Brasil, Lei n. 12.376, de 30.12.2010), nova denominação dada à antiga LICC

LOMAN: Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Brasil, Lei Complementar n. 35, de 14.02.1979)

mar.: março

Min.: Ministro (Brasil)

MJ: Ministério da Justiça

MP: Medida Provisória (Brasil, art. 62 da CRFB)

MP: Ministério Público

MPF: Ministério Público Federal (Brasil)

MS: mandado de segurança

MTb: Ministério do Trabalho, atual Ministério do Trabalho e Emprego (Brasil)

MTE: Ministério do Trabalho e Emprego (Brasil)

n.: número

NCC: Novo Código Civil (Brasil, Lei n. 10.406, de 10.10.2002)

nov.: novembro

NY: Nova York

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

OEA: Organização dos Estados Americanos (Carta da Organização dos Estados Americanos, 30.04.1948)

OGM: organismo geneticamente modificado (Brasil, Lei n. 11.105, de 24.03.2005)

OIT: Organização Internacional do Trabalho (Tratado de Versailles, 1919)

OJ: Orientação Jurisprudencial (Brasil, Tribunal Superior do Trabalho)

ONG: organização não governamental

ONU: Organização das Nações Unidas (Carta das Nações Unidas, 24.10.1945)

org.: organizador

OSCE: Organização de Segurança e Cooperação Europeia

out.: outubro

ÖZPO: *Österreichische Zivilprozeßordnung* (Código de Processo Civil — Áustria, 1985)

p.(pp.): página(s)

p.ex.: por exemplo

p/: para

par.: parágrafo(s)

PCA: procedimento de controle administrativo (Brasil, CNJ)

PFL: Partido da Frente Liberal (Brasil)

PGE: Procuradora Geral do Estado (Brasil)

PGR: Procuradoria Geral da República (Brasil)

PGRP: Procuradoria-Geral da República Portuguesa (Portugal)

PIDCP: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966)

PIDESC: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966)

PL: projeto de lei

PLS: projeto de lei (origem no Senado Federal)

PMDB: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (Brasil)

PNUD: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

pon.: *ponente* ou relator (Espanha)

proc.: processo

PSDB: Partido da Social Democracia Brasileira (Brasil)

PSJCR: Pacto de San José da Costa Rica (OEA, 1969)

publ.: publicado(a)

RC: Tribunal da Relação de Coimbra (Portugal)

Rcl: reclamação (Brasil, artigo 156 do Regimento Interno do STF)

RCP: Regulamento das Custas Processuais (Portugal, Decreto-lei n. 34, de 26.09.2008)

RDA: Revista de Direito Administrativo (Brasil, Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, ISSN 00348007)

RE: Tribunal da Relação de Évora (Portugal)

Rec.: *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* (França)

Rec.: recurso

ref.: referência, referente

rel. desig.: relator designado (divergência vencedora)

rel.: relator

Rep.: representação

req.: requerente

Res.: Resolução

REsp: recurso especial (Brasil, artigo 105, III, da CRFB)

REx: recurso extraordinário (Brasil, artigo 102, III, da CRFB)

RF: Revista Forense (Brasil, Vitória/ES, Editora Forense).

RFA: República Federal da Alemanha

RG: Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal)

RHC: recurso em *habeas corpus*

RI: Regimento Interno

RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Brasil)

RJTJESP: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, São Paulo, Brasil)

RL: Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal)

RMS: recurso em mandado de segurança

RO: recurso ordinário (Brasil, artigo 895 da CLT)

ROHC: recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* (Brasil, artigos 102, II, “a”, e 105, II, “a”, da CRFB)

RP: Tribunal da Relação do Porto (Portugal)

RR: recurso de revista

RT: Revista dos Tribunais (Brasil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ISSN 0034-9275)

RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudência (Brasil, Brasília, Editora Brasília Jurídica, ISSN 0035-0540)

s.a.: sem autor

s.d.: sem data ou ano de edição

s.l.: sem local de edição

s.n.: sem número

s.t.: sem tradutor

SBDI-1 (ou **SDI-1**): Subseção 1 da Seção Especializada em Dissídios Individuais (Brasil, Tribunal Superior do Trabalho)

SBDI-2 (ou **SDI-2**): Subseção 2 da Seção Especializada em Dissídios Individuais (Brasil, Tribunal Superior do Trabalho)

SDC: Seção de Dissídios Coletivos (Brasil, Justiça do Trabalho)

SESI: Serviço Social da Indústria (Brasil, Decreto-lei n. 9.403, de 25.06.1946)

set.: setembro

SIT: Secretaria de Inspeção do Trabalho (Brasil)

ss.: seguintes

SS: pedido de suspensão de segurança (Brasil, artigo 297 do RISTF)

STA: Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

STC (SSTC): *Sentencia(s) del Tribunal Constitucional* (Espanha)

STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)

StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal — Alemanha, 13.11.1998)

STJ: Superior Tribunal da Justiça (Brasil); Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

StPO: *Strafprozeßordnung* (Código de Processo Penal — Alemanha, 12.09.1950)

SUS: Sistema Único de Saúde (Brasil, artigo 198 da CRFB)

SV: súmula vinculante (Brasil, artigo 103-A da CRFB)

T.: título (em citações legislativas)

T.: turma (em citações jurisprudenciais)

TA: Tribunal de Alçada (Brasil), seguindo-se as siglas dos Estados (v. “TJ”)

TAC: Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Brasil)

TACrimSP: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (Brasil)

TAE: taxa de álcool no ar expirado

TAS: taxa de álcool no sangue

TC: Tribunal Constitucional (Portugal, Espanha)

TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TELERJ: Telecomunicações do Estado do Rio de Janeiro

TFR: Tribunal Federal de Recursos (Brasil)

TJ: Tribunal de Justiça do Distrito Federal (DF) ou dos Estados brasileiros: Acre (AC), Alagoas (AL), Amapá (AP), Amazonas (AM), Bahia (BA), Ceará (CE), Espírito Santo (ES), Goiás (GO), Guanabara (GB), Maranhão (MA), Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Minas Gerais (MG), Pará (PA), Paraíba (PB), Paraná (PR), Pernambuco (PE), Piauí (PI), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Norte (RN), Rio Grande do Sul (RS), Rondônia (RO), Roraima (RR), Santa Catarina (SC), São Paulo (SP), Sergipe (SE), Tocantins (TO)

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

TP: Tribunal Pleno

TPI: Tribunal Penal Internacional

trad.: tradução

TRCT: termo de rescisão de contrato de trabalho

TRF: Tribunal Regional Federal (Brasil)

TRT: Tribunal Regional do Trabalho (Brasil)

TSE: Tribunal Superior Eleitoral (Brasil)

TST: Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)

UC: unidade de conta (Portugal, Decreto-lei n. 34, de 26.09.2008)

UCLM: Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha)

UE: União Europeia

UFRGS: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

un.: unanimidade

UNCHR: *United Nations Commission on Human Rights* (ONU, 1946)

UNESCO: *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (ONU, 1945)

UNHRC: *United Nations Human Rights Council* (ONU, 2006)

UNL: Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

UNODC: *United Nations Office on Drugs and Crime* (ONU, 1997)

USP: Universidade de São Paulo (Brasil)

v.: ver

v.g.: *verbi gratia*

v.m.: votação por maioria

v.u.: votação unânime

VfGH: *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional — Áustria)

vs. (v.): *versus*

VT: Vara do Trabalho (Brasil, EC n. 24, de 09.12.1999)

YJCEA: *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (Inglaterra, 27.07.1999)

ZPO: *Zivilprozeßordnung* (Código de Processo Civil — Alemanha, 30.01.1877, na versão em vigor)

ZZP: *Zeitschrift für Zivilprozeß* (Revista de Processo Civil — Alemanha, Carl Heymanns Verlag, ISSN 0342-3468)

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

§ 1º. INTROITO

1.1. Breve esboço. Das “intervenções intuitivas” no devido processo formal

I. O processo surgiu, nas brumas do tempo, como um imperativo de *segurança*. Desde os primórdios do Direito Romano, a figura do *rito* colimou, essencialmente, garantir previsibilidade e imprimir racionalidade às intervenções do poder público na vida, na liberdade ou no patrimônio dos particulares.

Se, com efeito, o Direito Romano admitira primitivamente a ampla defesa privada dos direitos subjetivos¹, o sentido civilizatório restringiu-a, paulatinamente, para cingi-la, no direito clássico², aos casos de legítima defesa e de autodefesa privada ativa (como, hoje, no desforço pessoal do artigo 1210, §1º, do Código Civil brasileiro, ou na “acção direta” do artigo 336º do Código Civil português). Ulteriormente, nos períodos pós-clássico³ e justinianeu⁴, até mesmo a autodefesa privada ativa sofreria restrições. Vê-se, pois, como a tutela de direitos passou, gradativamente, ao monopólio do Estado — agregando, nesse processo sociopolítico, a *forma* e o *rito* como elementos de padronização cultural e calibração do público arbítrio.

¹ Inclusive com o estabelecimento do *talião*, como forma de vingança privada, ao tempo da Lei das XII Tábuas (VIII, 2). Sobre esse período, cf., e.g., José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, v. I, pp.224-225; e, abaixo, o tópico 7.3.1.

² Os romanistas geralmente situam o período clássico no intervalo que vai do advento da Lei *Aebutia* (data incerta, entre 149 e 126 a.C.) ao término do reinado de DIOCLECIANO (305 d.C.). Cf., por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.82.

³ Direito vigente entre o final do reinado de DIOCLECIANO e a morte de JUSTINIANO (565 d.C.), dito também *romano-helênico*. *Idem, ibidem*.

⁴ Direito vigente na época em que reinou JUSTINIANO (527 a 565 d.C.), *dentro* do próprio período pós-clássico. *Idem, ibidem*.

II. A segurança, porém, é um valor que admite medidas. Em Roma, o apreço pelas formas e ritos custou-lhes, em certa altura e circunstância, o próprio conteúdo de justiça das decisões de autoridade⁵. Daí se dizer, bem a propósito, que Roma não conheceu a “*actio*” moderna (direito subjetivo público, de caráter genérico e abstrato⁶), mas tão só um sistema de “*actiones*” com alto grau de tipicidade (a cada direito, uma ação típica; sem ações, sem direitos)⁷. E, mesmo no marco de uma demanda típica, o nível de formalidades era frequentemente inibidor. Assim, p. ex., celebrou-se, na Roma pré-clássica⁸, a nota do formalismo rígido, pelo qual se negava razão àquele reclamante que, acionando por perdas e danos quem lhe cortasse as videiras do terreno, usasse do termo “*uites*” (videiras) e não — como queria a lei — do termo “*arbores*” (árvores)⁹.

⁵ Curiosamente, essa ilação perde muito conteúdo no marco do chamado “direito de coerção” (“*coercitio*”) exercido pelos magistrados romanos, “*era permitido instruir sumario cuando los elementos constitutivos del hecho no estaban perfectamente determinados por el magistrado; pero había de instruirse siempre sin formalidades, y como la mayor parte de las veces se trataba de desobediencias o de ofensas inferidas al magistrado, claro está que el sumario no era preciso, porque bastaba con el conocimiento inmediato del hecho que el magistrado tenía*” (Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, trad. P. Dorado, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p.28 — g.n.). Onde, na perspectiva processualística contemporânea, mais poderiam ser necessários os rigores de uma *devida forma* (ante a estreita ligação entre o exercício da “*coercitio*” — que não se confundia com a “*iurisdictio*” — e direitos básicos como a liberdade ou a própria vida), era aí, na Roma pré-clássica, que justamente as formalidades lhe faltavam. Nalgumas circunstâncias, essa “flexibilidade” alcançava até mesmo o **processo penal** (“*iurisdictio*”), que, àquela altura, afetava mais amiúde o próprio direito à vida. É o que noticia MOMMSEN, reportando-se a um fato historicamente documentado (no qual a persecução penal foi presidida por um *tribuno da plebe*, não por um pretor ou magistrado): “*conocemos un caso perfectamente comprobado históricamente de persecución procesal por parte de los tribunos, autorizada de un modo formal expreso, donde no se hizo uso ni de juicio ni de la provocación, y en que el tribuno trató a un ciudadano romano lo mismo que se trataba a los delincuentes peregrinos: en el año 633-131 [a.C.] el tribuno del pueblo C. Atinio Labeón se apoderó del censor Q. Metelo, a causa de una ofensa que este le había causado, y, sin más formalidades procesales, lo envió a que lo precipitasen de la roca Tarpeya, derecho que fue reconocido, pero al propio tiempo convertido en ineficaz por la intercesión tribunicia*” (*op.cit.*, p.31 — g.n.). Ainda sobre a “*coercitio*”, como também sobre a “*iurisdictio*” (sendo ambas manifestações do “*imperium*”), cf., *infra*, o tópico 7.4 e a nota n. 330. Ademais, para uma melhor compreensão sobre a linha divisória entre as noções de “*coercitio*” e de “*iurisdictio*” em Roma (pelo método casuístico), ver Mommsen, *op.cit.*, pp.28-35 (itens 1º a 11).

⁶ V., por todos, Heinrich Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1877, *passim*.

⁷ Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.218.

⁸ Assim entendido o período que vai das origens de Roma ao advento da Lei *Aebutia* (entre 149 e 126 a.C.), dito também *período* (ou *direito*) *antigo* ou *arcaico*. *Idem*, p.82; *infra*, tópico 7.3.1, item 1.

⁹ *Institutas* (Gaio) IV, 11. É que a Lei das XII Tábuas (*infra*, tópico 7.3.1), na “*actio de arboribus succisis*” (ação relativa a árvores cortadas), referia, em sua fórmula, o termo “*arbor*”; e, todavia, no caso concreto, as árvores derrubadas eram mesmo videiras... Cf., a propósito, Biondo Biondi, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1952, pp.172-173. Sobre as garantias processuais no sistema jurídico romano, cf., *infra*, o tópico 7.3.

Esse vazo espalhou-se, mais ou menos intensamente, pelas culturas jurídicas posteriores. No processo medieval romano-canônico, grassou um sistema de provas tarifárias, com graus fixos de hierarquia (“*probationes plenae*”, “*probationes semiplenae*”, “*indicia*”), que condicionara extensa gama de direitos, negando-lhes “*tout court*” o reconhecimento, se o sedizente titular não os pudesse provar segundo a forma prescrita na lei ou no costume¹⁰. Até o século XIII, certas tradições ocidentais — combinando apreço à forma e teocentrismo vulgar — confiavam a solução de inúmeros litígios ao famigerado sistema das ordálias ou provas de Deus¹¹. No direito moderno, a despeito das luzes liberais, ainda se admitiram muito frequentemente provas por “verdade sabida” e semelhantes¹². E mesmo hoje, em tempos de instrumentalidade processual, identificam-se resquícios dos esquemas rituais de outrora, como se pode depreender, *e.g.*, do artigo 603 das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses¹³, do artigo 502 do Código de Processo Civil francês¹⁴,

¹⁰ Cf., por todos, John Gilissen, *Introdução histórica ao Direito*, trad. A. M. Hespanha, L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1988, pp.716-717.

¹¹ A expressão portuguesa “ordália”, tal qual a castelhana “ordalia” ou a italiana “ordalia” (e talvez a inglesa “ordail”), derivam do vocábulo alemão “*Urteil*” (= decisão, sentença). Na tradição da lei sálica, havia a *prova da água a ferver*, pela qual o acusado tirava, do fundo de uma caldeira de água fervente, um objeto qualquer; reputava-se-lhe favorável a prova se, ao fim de três dias, não houvesse em suas mãos sinal de queimadura (“*ad aeneum ambular*”). Noutras tradições, havia a *prova do cadáver*, pela qual o réu, acusado de homicídio, era confrontado com o corpo da vítima e se considerava culpado se o sangue do morto voltasse a lhe correr nas veias; ou, ainda, a *prova da água fria*, pela qual os litigantes deveriam cruzar a nado um rio certo número de vezes, perdendo a causa — por lhe faltar “razão” — aquele que por primeiro se cansasse; ou a *prova da cruz*, em que os litigantes postavam-se frente a frente com os braços estendidos, em forma de cruz, perdendo a causa o que primeiro os deixasse cair pela fadiga. Cf., por todos, Francisco Augusto das Neves e Castro, *Theoria das provas e sua aplicação aos atos civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho, 1917, pp.25 e ss. A Santa Sé também se valeu largamente das ordálias, sobretudo nas atividades do Santo Ofício (tribunais canônicos de inquisição). Cf., nesse caso, Heinrich Kramer, James Sprenger, *Malleus Maleficarum: O martelo das feiticeiras*, trad. Paulo Fróes, 19ª ed., Rio de Janeiro, Rosa dos Tempos, 2007, *passim* (especialmente pp.431 e ss.); e, *supra*, o tópico 8.3, n. VI.

¹² Assim, *e.g.*, nas Ordenações Filipinas (Livro V, Título XXVIII): “*Ordenamos, que o homem casado, que tiver barregãa teúda e manteúda, seja degradado pela primeira vez per tres annos para Africa [...]. E a mulher, que stiver por manceba teúda e manteúda de algum homem casado, pola primeira vez seja açoutada pela Villa com baraço e pregão, e degradada por hum anno para Castro-Marim [...]. E queremos, por se este peccado mais evitar, que para prova do casamento do que se diz barregueiro casado, assi quando elle for acusado, como a barregãa, baste provar-se, que elle stá em voz e fama de casado, postoque não se prove, que forão à porta da Igreja, nem que os vissem receber, nem mais outro acto. E bem assi bastará para prova da barreguice, provar-se como stão em voz e fama de barregueiros, e que são costumados, e vistos entrar hum em casa do outro: porque a tal fama junta com o que se assi prova, que os vem, e costumão entrar hum em casa do outro, havemos por sufficiente prova neste caso para a dita condenação, postoque se não prove bem fazer*”. Para a prova do adultério, portanto, bastava a “má fama” associada ao fato de o suposto adúltero ter sido visto — apenas visto — em casa da presuntiva “manceba”.

¹³ *In verbis*: “**Oath or Affirmation to Testify Truthfully.** Before testifying, a witness must give an oath or affirmation to testify truthfully. It must be in a form designed to impress that duty on the witness’s conscience”. Sobre os caminhos da “*law of evidence*” no âmbito criminal, veja-se, por todos, Antony Duff,

do artigo 238 do Código de Processo Civil italiano¹⁵, do artigo 452 do Código de Processo Civil alemão¹⁶, dos artigos 393º, 2, do Código Civil português¹⁷, do artigo 195, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira¹⁸ e do artigo 401 do Código de Processo Civil

Lindsay Farmer, Sandra Marshall, Victor Tadros, *The trial on trial: truth and due process*, Oxford/Portland, Hart, 2004, v. 1, pp.124 e ss.

¹⁴ O artigo 502 vincula a execução de uma sentença ou acórdão à condição de que estejam revestidos da “fórmula executória” legal, ressalvadas as exceções da própria lei. Essa fórmula executória supõe, na epígrafe, as expressões “*République française. Au nom du peuple français*”; e, ao final (no dispositivo), o seguinte texto: “*En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice pour ce requis de mettre ledit arrêt [ou ledit jugement] à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance d’y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu’ils en setont légalement requis. [...] En foi de quoi la préset arrêt [ou jugement] a été signé par [...]*”. Acerca de tal fórmula — e de seu papel no direito processual francês contemporâneo —, cf., por todos, Marcel Frejaville, “*Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des tribunaux*”, in *Mélanges Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, pp.214-225.

¹⁵ *In verbis*: “*Il giuramento decisorio è prestato personalmente dalla parte ed è ricevuto dal giudice istruttore. Questi ammonisce il giurante sull'importanza religiosa e morale dell'atto e sulle conseguenze penali delle dichiarazioni false, e quindi lo invita a giurare. Il giurante, in piedi, pronuncia a chiara voce le parole: "consapevole della responsabilità che col giuramento assumo davanti a Dio e agli uomini, giuro..."*, e continua ripetendo le parole della formula su cui giura”. Importa dizer que as referências religiosas do “juramento decisorio” italiano (com local, forma e conteúdo predefinidos), aptas a causar estranheza nalgumas culturas mais fiéis ao laicismo, tiveram a sua legitimidade constitucional reconhecida pela *Corte Costituzionale* (sentença n. 334, 08.10.1996).

¹⁶ *In verbis*: “**Beeidigung der Partei. 1.** Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden. **2.** Die Eidesnorm geht dahin, dass die Partei nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe. **3.** Der Gegner kann auf die Beeidigung verzichten. **4.** Die Beeidigung einer Partei, die wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist, ist unzulässig” (“**1.** Se o resultado da declaração não juramentada de uma parte não é suficiente para convencer o tribunal da verdade ou falsidade do fato a demonstrar, este pode decretar que a parte preste juramento de sua declaração. Se foram interrogadas ambas as partes, pode-se pedir o juramento da declaração sobre os mesmos fatos a uma só parte. **2.** A fórmula de juramento passa por que a parte, segundo seu leal saber, disse a pura verdade e não omitiu coisa alguma. **3.** A parte contrária pode renunciar ao juramento. **4.** É improcedente o juramento de uma parte que está condenada definitivamente por violação deliberada da obrigação de juramento”). A possibilidade de se juramentar a parte denota, claramente, o “peso” da fórmula ritual (a ponto de interferir, em tese, na própria convicção dos magistrados). Fórmula semelhante se aplica às testemunhas (§ 392), que podem ser juramentadas “*a posteriori*”, se o tribunal considerar conveniente a juramentação, seja em razão da importância das declarações, seja para suscitar-las conforme a verdade (§§ 391 e 392). Já no caso brasileiro, não há “fórmula” estrita de juramento e o compromisso que se toma das testemunhas insuspeitas e desimpedidas é, sempre, *prévio* à própria oitiva (artigo 415 do CPC); não há, outrossim, possibilidade de se “juramentar” a parte, da qual se tolera, em alguma medida, a pulsão de alterar a verdade (a despeito do que dispõe o artigo 17, II, do CPC, nem sempre aplicado à hipótese).

¹⁷ Diz o artigo 393º, 2, que “[...] não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena”.

¹⁸ “*Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por sindicato em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho*”. Noutras palavras, a prova da insalubridade e da periculosidade, a teor da norma consolidada, há de ser necessariamente *pericial (técnica)*. Nada obstante, a prática judiciária já consolidou hipóteses em qual tal regra não é observada; assim, *e.g.*, quando a empresa-ré confessa a condição insalubre ou perigosa, ou quando houve desativação anterior da planta industrial, ou

brasileiro¹⁹, apenas para citar os sistemas jurídicos que mais de perto convirão ao desenvolvimento do presente estudo.

III. À segurança, porém, opôs-se progressivamente a ideia de justiça material. Não há espaço, neste prelúdio, para se discutir *qual* justiça material (discussão cuja envergadura pedir-nos-ia, a bem dizer, outra tese); tal omissão, porém, não compromete a nossa assertiva. Tome-se por justiça social (em todos os seus espectros, que vão desde a mera realização dos chamados direitos humanos de segunda geração/dimensão²⁰ até as hipóteses de uso alternativo do direito ou do próprio “direito alternativo”²¹), por justiça orgânica ou equitativa (seguindo a acepção de RAWLS²²) ou mesmo por justiça puramente legal-jurisdicional (i.e., como “atuação da vontade concreta da lei”, na repisada expressão chiovendiana²³), será forçoso concluir, em todo caso, que a segurança das formas e ritos sempre a comprometerá em algum grau, na exata medida em que a desconformidade puder impedir aquele resultado justo.

ainda quando houve perícia técnica similar em outro processo — sendo comum, nos últimos dois casos, que o juízo lance mão da chamada “prova emprestada” (i.e., juntada de laudo pericial produzido noutros autos) em substituição à perícia técnica.

¹⁹ “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

²⁰ Embora a classificação mereça críticas de parte da doutrina, designaremos como direitos humanos de segunda geração (ou dimensão), doravante, os *direitos econômicos e sociais* que começam a se cristalizar sobretudo no século XIX: “el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico a medida que avanza el proceso de industrialización, y al adquirir consciencia de clase reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa. El Manifiesto Comunista de 1848 puede considerarse un hito fundamental en este proceso, y representa un aldabonazo anunciador del comienzo de una nueva etapa” (Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p.122).

²¹ Entende-se por “direito alternativo” o modelo de interpretação/aplicação do Direito que ignora, enreda ou contorna a legalidade para realizar um sentido marcadamente ideológico de justiça social ou coletiva. Na sugestiva dicção de SOUTO, “[o] *direito alternativo é norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante* [ao direito]. *Não coincide o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa*” (Cláudio Souto, *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.96).

²² Para RAWLS, é a *equidade* (“*fairness*”) que traduz a essência do justo: toda pessoa tem um mesmo direito a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, de modo que cada indivíduo deve restringir a sua busca por felicidade para torná-la compatível com as buscas dos demais. O “racional” individualista deve ceder ao “razoável” cooperativo, na medida em que “[o] *Racional representa a busca, por parte de cada um, da satisfação dos seus interesses e remete ao Bem. O Razoável representa as imitações dos termos equitativos da cooperação social e remete ao Justo*”. Cf., por todos, John Rawls, *Justiça e Democracia*, trad. Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp.VII-XI, XXIII-XXXIII, 201-241 e 379 (excerto).

²³ *Infra*, nota n. 216.

Pense-se, *e.g.*, na situação do réu que, tendo prova da quitação de dívida, é condenado à revelia em ação de cobrança e, intimado da sentença, não interpõe recurso e deixa transcorrer, por razões alheias à sua vontade, o prazo decadencial para a ação rescisória²⁴. Veja-se, ainda, o caso do trabalhador que, exercendo pessoalmente o “*ius postulandi*”²⁵, pede para os meses de estabilidade salários em montante inferior àquele garantido à sua categoria profissional por convenção coletiva, instando o juiz a deferi-los naquelas bases, por vedada a ultrapetição²⁶. Em ambos os casos, o imperativo de segurança jurídica, balizado por normas estritamente processuais, sacrificou direitos materiais dotados de certeza objetiva e referendados, direta ou indiretamente, por lei. Dir-se-á que, em ambos os casos, fez-se justiça formal, mas não justiça material, em pura acepção chiovendiana; do segundo caso, dir-se-á ainda que tampouco se fez plenamente a justiça social.

IV. Nesse encalço, poder-se-ia trasladar à hipótese o célebre paradoxo de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, que, a propósito d’ “*A Democracia na América*” (1835-1840), soube contrapor filosoficamente os valores da *igualdade* e da *democracia* (i.e., da *liberdade*). Nas derradeiras conclusões da obra, declarou que

“quis manifestar em plena luz os perigos que apresenta a igualdade para a independência humana, porque creio firmemente que tais perigos são os mais formidáveis como também os menos previstos de quantos encerra o futuro”²⁷.

Para TOCQUEVILLE, com efeito, povos nos quais vicejem condições de igualdade jamais teriam um círculo de independência individual tão amplo como há nos países

²⁴ No caso brasileiro, dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (artigo 495 do CPC); no caso português, vide o artigo 772º do CPC (prazo decadencial de cinco anos a contar do trânsito em julgado da decisão, associado a um prazo de interposição de sessenta dias, com termos “*a quo*” definidos nas alíneas “*a*” e “*b*” do artigo 772º, 2).

²⁵ No Brasil, veja-se, *e.g.*, o caso dos dissídios individuais trabalhistas (artigo 791, *caput*, da CLT) ou das causas com valor de até 20 salários mínimos instauradas perante os Juizados Especiais Cíveis (artigo 9º, *caput*, da Lei 9.099, de 26.09.1995).

²⁶ É o caso brasileiro (artigo 460, *caput*, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT); já não o português, cujo processo do trabalho transige com a ultrapetição: “*O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho*” (artigo 74º do CPT).

²⁷ Cf. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*, trad. E. Higgins, Rio de Janeiro, Saga, 1967, pp.330 e ss. V. também Alexis de Tocqueville, *Oeuvres complètes de Tocqueville*, Jacob Peter Mayer (dir.), Paris, Gallimard, 1951, t. I (*De la démocratie en Amérique*), v. 2, *passim*.

aristocráticos, porque a sociedade — o *povo* (do qual, nas democracias, há de emanar o poder) — é sempre mais forte que o indivíduo, impondo-lhe restrições e cerceando-lhe fruições em proveito da maioria²⁸. Quanto mais iguais se pretendam os que compõem o povo, tanto mais difícil será, para o indivíduo, fazer prevalecer as diferenças que brotam de sua individualidade. Não poderá ser muito mais rico, mesmo se ostentar maiores virtudes e habilidades; tampouco será muito mais pobre, ainda que menos capaz em relação aos concidadãos.

V. Tornando à questão do processo, é fácil perceber que, guardadas as dimensões, o mesmo jogo de forças tende a se reproduzir. À *liberdade de formas*, desembaraçando a plena realização dos direitos materiais (por quaisquer meio de prova, a qualquer tempo e a qualquer custo), opõe-se a *padronização dos ritos*, que coloca em pé de igualdade a generalidade dos cidadãos, sujeitando todos quantos entendam ter direitos sonogados — ricos e pobres, sábios e leigos, vencedores e vencidos — à mesma “*via ritualis*”. Assim como, no plano político, a liberdade é o pressuposto maior da “busca da felicidade”²⁹, a liberdade/instrumentalidade das formas é, no plano processual, a ideia-força que repontua a primazia dos direitos materiais. Mas uma liberdade absoluta de formas, sobre deflagrar visceral insegurança no tráfico jurídico, conduziria não raro a injustiças, haja vista, entre os concidadãos, as disparidades de condições (diferenças sociais, econômicas e culturais³⁰) e de circunstâncias (pessoas mais ou menos zelosas com seus direitos, momentos mais ou menos oportunos para a demanda, etc.). É nesse preciso diapasão que GUINCHARD e FERRAND³¹ elegeram a *liberdade* como o valor dominante na *teoria da ação* (“o direito de agir em juízo é a expressão de uma liberdade fundamental”³²), porquanto é a *igualdade*

²⁸ Nesse sentido, veja-se, por todos, Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*, trad. Lydia Christina, 5ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1990, p.266.

²⁹ Veja-se, nos EUA, a *Declaration of Independence* (ou *The unanimous Declaration of the thirteen united States of America*), de 04.07.1776: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness” (g.n.).

³⁰ Cf., por todos, Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp.21-29 (“possibilidades das partes”).

³¹ Serge Guinchard, Frédérique Ferrand, *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*, 28ª ed., Paris, Dalloz, 2006, pp.107-124, 219-220 e 489-490.

³² “La liberté qui dominait dans la théorie de l’action en justice, puisque le droit d’agir en justice est l’expression d’une liberté fondamentale, et qui n’était pas absence de la théorie de la juridiction, bien que

(“igualdade perante a Justiça”³³) o valor dominante na *teoria da jurisdição*^{34,35}. Daí, na esfera processual, essa tensão recorrente entre a segurança (dos iguais) e a liberdade (dos discordantes); entre, afinal, a *forma* e o *conteúdo*.

largement éclipse par l'idée d'égalité qui l'encadrerait à travers le droit au juge naturel et les règles de compétence, retrouve ici toute sa vigueur au niveau de l'instance [...] (idem, p.489).

³³ O *Conseil constitutionnel* decidiu, em 23.07.1975, que “*le principe d'égalité devant la justice est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamée par la Déclaration des droits de l'Homme de 1789*”; adiante, acentuou o papel das regras processuais/procedimentais na realização do princípio geral da igualdade e proclamou, em matéria penal, que “*le principe de l'égalité fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différents*” (Rec. p.22, Décision n. 75-56 DC, 23.07.1975). Anos depois, em controle preventivo de constitucionalidade (artigo 61, 2, da *Constitution*), o *Conseil* censurou dois dispositivos da lei “*Sécurité et Liberté*”, em matéria civil, porque malferiam o princípio da igualdade ao conferir, à vítima de um delito, o direito de “escolher” sujeitar-se ou não ao duplo grau de jurisdição (e, portanto, o direito de “conceder” ou não, ao réu, o direito ao duplo julgamento, engendrando contextos de desigualdade entre réus sob mesmas condições). Com efeito, os artigos 92 e 94 da lei autorizavam, à vítima, deduzir pretensões inéditas ou mesmo constituir-se pela primeira vez no tribunal de apelação, sempre com vista à satisfação de seus interesses civis; foram, ambos, declarados contrários à Constituição francesa (Décision n. 80-127 DC, 19-20.01.1981, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Louis Favoreu, Loïc Philip (org.), 10^e éd., Paris, Dalloz, 1999, pp.440-448 — especialmente pp.70-73).

³⁴ À Mercê do excerto transcrito *supra* (nota n. 32), está claro que, para GUINCHARD e FERRAND, o valor “igualdade” ofusca o valor “liberdade” na teoria da jurisdição sobretudo porque, nesse âmbito, prevalecem as **garantias** (juiz natural, contraditório, paridade de armas, etc.) sobre as **liberdades** (em sua acepção mais lata, a alcançar faculdades, poderes, direitos etc.). Mas não apenas por isso; a prevalência do valor “liberdade” deve-se também à *uniformidade de tratamento* ditada pelos **procedimentos**: “*Égalité aussi dans le choix d'un type de procédure, dans l'exercice des voies des recours, dans l'exécution du jugement, etc.*” (*op.cit.*, p.489). Aliás, não por outra razão, a processualística francesa, repudiando uma tradução literal da expressão inglesa “*due process of law*”, optou por empregar, em regime de sinédoque, a expressão “*droit à un procès juste et équitable*” (= direito a um processo justo e equânime), que remete escancaradamente ao valor “igualdade” (cf. Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, pp.565-571 — especialmente o item n. 651-b). Nada obstante, a noção de “*procedural due process*” açambarca, ainda, as ideias de *publicidade* (“*publicité*”) e de *duração razoável* (“*délai raisonnable*”); ideias que, na doutrina e no NCPC (“*nouveau Code de procédure civile*”, 1^o.01.1976), não estão tratadas como dimensões do “*procès équitable*” (artigo 6-1): a publicidade remonta ao artigo 22 e a duração razoável sequer tem previsão expressa naquele código. Alcançá-las-á, pois, a dimensão do “justo”.

³⁵ GUINCHARD e FERRAND ainda desenvolvem, num terceiro momento, a “*théorie de l'instance*” (dir-se-á, em bom português, “*teoria do processo*” ou “*teoria da relação processual*”, já que “*l'instance ce n'est pas seulement cette suite d'actes de procédure; c'est aussi, dans une approche plus théorique, une situation juridique bien particulière qui naît entre les plaideurs et concerne le juge, situation que l'on a coutume d'appeler*” “*lien d'instance*” ou encore “*lien juridique d'instance*” — *op.cit.*, p.495). Assim como, antes, haviam fundado a *teoria da ação na liberdade* e a *teoria da jurisdição* no binômio *igualdade-liberdade* (com ênfase no primeiro termo), os autores agora fundam a “*théorie de l'instance*” na tríade axiológica da Revolução Francesa de 1789: *liberdade, igualdade e fraternidade* (ou — na expressão que remonta à Constituição francesa de 1848 — *solidariedade*). A “*fraternidade*”, em tais domínios, manifesta-se notadamente como *assistência jurídico-judiciária* (“*la technique de l'aide juridictionnelle*”); mas, a par disso, também se manifesta como *repressão aos abusos processuais* e “*tout ce que permet au juge d'atténuer la rigueur des règles de la conduite de l'instance*” (*op.cit.*, p.490 [g.n.]) — o que nos remete, em direto, ao problema das **inflexões do devido processo formal**. Já por isso, esse ponto de conexão (*solidariedade* ↔ *inflexões formal-processuais*) deverá ser resgatado adiante (Parte III), para uma análise mais minuciosa e casuística.

Compõe-se, ao cabo, uma equação tendencial que relaciona, em termos inversamente proporcionais, a *segurança formal* (na dimensão da igualdade) e a *justiça material* (na dimensão da liberdade). Quão maiores os cuidados da legislação — e de seus operadores — com os ditames de rito e forma, tanto maiores as condicionantes para a realização do direito material; maiores, pois, as probabilidades de que não seja satisfeito.

VI. À mercê desse quadro, esboçou-se uma clara reação da doutrina contemporânea — sobretudo nos países de tradição jurídica romano-germânica — em prol da relativização dos ritos e formas. Em termos muito genéricos, com foco naquilo que adiante nos interessará diretamente, pode-se circunscrever esse movimento ao próprio século XX e entrevê-lo consubstanciado em duas conversões hermenêuticas muito características do nosso tempo: a uma, a universalização do *princípio da instrumentalidade*, aliada à sua reconstrução científica; a duas, a consolidação de percepções alternativas que secundarizam o papel da lei processual, preterindo-a ou reinterpretando-a livremente, quando a sua aplicação sugerir risco à efetiva realização de certos direitos materiais. A esse fenômeno sociojurídico, de caráter marcadamente *coletivo* e *aglutinante*³⁶, temos chamado de “*intervenção intuitiva*”.

O *princípio da instrumentalidade* se assenta na constatação de que as *normas primárias* (i.e., as normas de direito material — imperativas, proibitivas ou permissivas) carecem da possibilidade de se fazer respeitar *coativamente*; daí, com o fito de lhes suprir tal carência, cunharam-se *normas secundárias* (= normas-sanções, ainda substantivas), por um lado, e por outro se concebeu um *direito geral de ação “in abstracto”* que assegurasse, ao sedizente titular de uma situação jurídica, o *acesso aos tribunais judiciais e/ou administrativos* para reclamar e obter, perante terceiros, a efetividade daquelas normas substantivas (primárias ou secundárias). Mas esse acesso não poderia prescindir de uma ordem objetiva, sob pena de se desfigurar em puro arbítrio. Assim, para regular tanto as

³⁶ Reputamo-lo **coletivo** (ou **microcoletivo**) porque, em geral, não se reduz a idiossincrasias individuais, mas tampouco acomete a generalidade dos atores sociais; antes, aparece sociologicamente vinculado a certos *grupos de ação* ou de *pressão* demarcados histórica e/ou institucionalmente (como a escola de Stuttgart, na Alemanha dos anos setenta do século XX, ou a magistratura do Trabalho brasileira, notadamente a partir dos anos noventa). E reputamo-lo **aglutinante**, pela sua capacidade de “contágio”: quanto mais uniforme e iterativo, tanto mais se reproduz e consolida, entre os integrantes dos “grupos” (ou mesmo fora deles), o atributo axiológico da “percepção (mais) correta”.

atuações dos sujeitos públicos e privados (sujeitos parciais) como a dos próprios tribunais (sujeitos imparciais) na atividade estatal desenvolvida para a concretização jurisdicional dos direitos substantivos, criaram-se *normas instrumentais* (ou *adjetivas*) que, justamente, servem de *instrumento* àquela concretização, sem qualquer “*ethos*” autônomo. A evolução dessa ideia confluiu para a noção hodierna de *instrumentalidade processual*, que se apreende pelo aspecto *negativo* — o que significa *negar* o processo como valor em si mesmo e *repudiar* os excessos formal-processualísticos — e pelo aspecto *positivo* — condizente com a preocupação em extrair do processo, como instrumento, o *máximo de proveito substancial* quanto à plena consecução de seus escopos institucionais (vide, *infra*, a nota n. 230)³⁷. No Brasil, o princípio da instrumentalidade encontrou assento parcial nos artigos 244, 249, §§ 1º e 2º, e 250 do CPC, entre outros. Doravante, analisá-lo-emos com mais vagar.

As “*intervenções intuitivas*”, por sua vez, ganham envergadura e interesse ainda mais recentemente, a partir de uma hiperextensão do princípio da instrumentalidade. A denominação, de inspiração confessadamente bergsoniana, é tributária da ideia de que pode haver um conhecimento objetivo (no sentido de “verdadeiro”) a partir da apreensão imediata da realidade, sentida e compreendida direta e absolutamente pelo sujeito, sem a intermediação das ferramentas lógico-rationais do entendimento, como a análise/síntese, a dedução/indução, a tradução, os juízos ou os silogismos. Ao penetrar diretamente na “vida” (“*élan vital*”), o agente apropria-se do mundo sem os esquemas modais da inteligência, experimentando imediata e metafisicamente do real, como certeza imanente ao próprio ser do sujeito cognoscente³⁸. Pois bem: nas “*intervenções intuitivas*” que defletem o devido

³⁷ Cf. José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: Conceito e princípios gerais: à luz do Código revisto*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp.07-09; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p.341.

³⁸ Cf. Henri Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, F. Alcan, 1889, *passim*; e, do mesmo autor, *La Pensée et le mouvant: essais et conférences*, 79ª ed., Paris, Les Presses universitaires de France, 1969, pp.18 e ss. (disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/bergson_henri/pensee_mouvant/bergson_pensee_mouvant.pdf — acesso em 30.12.2012). V. ainda Frédéric Worms, *Le vocabulaire de Bergson*, Paris, Ellipses, 2000, pp.04 e ss. O conceito mesmo de “intuição”, na obra bergsoniana, parece estar apreendido intuitivamente, pela sua multiplicidade de sentidos. Algo natural, porém; nas palavras de BERGSON, “*la variété des fonctions et aspects de l’intuition, telle que nous la décrivons, n’est rien à côté de la multiplicité des significations que les mots ‘essence’ et ‘existence’ prennent chez Spinoza, ou les termes de ‘forme’, de ‘puissance’, d’acte’, etc., chez Aristote*” (apud Worms, *Le vocabulaire...*, pp.04-05). E não haveria melhor caminho, na reflexão filosófica, para confrontar diretamente o mundo objetivo: “*penser*

processo formal, a ótica judicial é exclusiva ou eminentemente *consequencialista*: o juiz subverte a forma e/ou o rito visando ao “resultado justo” que o seu pré-entendimento plasmou para o caso concreto, sem maiores compromissos com algum modelo científico ou hermenêutico mais consistente, capaz de justificar racionalmente a inflexão e respaldar novos eventos. Noutras palavras, ao “perceber” um possível resultado insatisfatório do ponto de vista dos valores ou interesses que pretende resguardar, o juiz interpreta a norma-regra processual — aplicada “*ad litteram*” em outros contextos — com pendor modulatório, para que não surta os efeitos supostamente deletérios; amiúde, deixa simplesmente de aplicá-la. Tende-se a evocar, na retórica justificante, uma norma-princípio ou a própria Constituição; mas a pulsão basal, na origem, é a de assegurar um específico resultado, não raro “intuído” tempos antes (na prelibação da petição inicial, p.ex.). A engenharia normativa, de fundo retórico, apenas *acompanha* tal pulsão. Em suma: **decide-se primeiro** (pela flexibilização processual); **fundamenta-se depois**.

VII. A capacidade aglutinante desse último fenômeno tende a variar de um país para outro, conforme o grau de ortodoxia das respectivas comunidades jurídicas (especialmente entre os magistrados). Uma vez que o objeto deste esforço é tão só *evidenciar* o problema, sem pretensões de mapeá-lo na jurisprudência comparada, ater-nos-emos ao caso brasileiro; e, nesse universo, destacaremos seis casos paradigmáticos.

CASO nº 1. Antecipação “*ex officio*” dos efeitos da tutela de mérito

O artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro estatui, em seu *caput*, o seguinte:

“o juiz poderá, **a requerimento da parte**, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

intuitivement est penser en durée”, até que “[l]’intuition nous donne la chose dont l’intelligence ne saisit que la transposition spatiale, la traduction métaphorique” (Bergson, *La Pensée...*, p.44). A propósito das “intervenções intuitivas” no processo judicial, entretanto, convirá reconhecer uma tendência a se plasmarem em modo mais *reativo* do que propriamente refletido (mesmo porque aviadas, de regra, em tutelas de urgência e evidência); logo, muito distantes do ideal bergsoniano...

“I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

“II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (g.n.)³⁹.

Como se vê, o legislador federal *condicionou expressamente* a antecipação dos efeitos da tutela de mérito à formalidade do *requerimento* do autor. A teor da dicção legal, não poderia o juiz brasileiro, em nenhuma hipótese, conceder antecipação dos efeitos da tutela de mérito, na hipótese do artigo 273 do CPC, *sem* requerimento expresso do interessado, na própria petição inicial ou, ulteriormente, por petição avulsa. Mesma formalidade não se exige, entretanto, para a *imposição liminar de multa diária ao réu* nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, desde que “*relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final*” (artigo 461, §3º, do CPC); em tais casos, a imposição das “*astreintes*” pode ser feita “*de ofício ou a requerimento*” (§4º) — nada obstante também se trate, ontologicamente, de antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

À vista disso, nalguns nichos de doutrina⁴⁰ e jurisprudência⁴¹, ganhou força a tese de que a antecipação dos efeitos de tutela, mesmo nos casos de pretensões de condenação por quantia certa ou para entrega de coisa, poderia ser concedida de ofício. No Poder Judiciário

³⁹ O preceito será explorado no tópico 27.2.1 (*infra*).

⁴⁰ Cf., por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp.351-353. *In verbis*: “Não se podem excluir [...] situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. [...] Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação ex officio do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo”. Em sentido contrário, com todo o tom ácido da sua crítica, cf. José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.21 (quanto a direitos disponíveis ou indisponíveis): “Para o que se coloca, no processo, sob a responsabilidade do magistrado, cumprindo-lhe velar sobre determinados interesses, já existe, no CPC, a solução das medidas provisionais, sobre que tem o juiz o poder de prover de ofício, resguardando esses interesses. Ainda aqui [na antecipação de tutela], cumpre não se confundir nem se balburiar, por despreparo ou autoritarismo, o que já está tão bem disciplinado em nosso ordenamento processual”. Por esse excerto, pode-se perceber como se cuida, realmente, de uma *inflexão* particularmente sensível do devido processo formal.

⁴¹ Na jurisdição cível, BARBOSA MOREIRA observou que o acanhamento dos advogados levou os juízes estaduais, notadamente nos procedimentos sumaríssimos (Juizados Especiais Cíveis) e nas causas de família, a “desprezar a letra da lei e decretar de ofício a antecipação de tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida” (José Carlos Barbosa Moreira, “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva”, in *Revista de Direito Processual Civil II*, Curitiba, Genesis, maio/agosto 1996, p.338-346).

brasileiro, essa “intuição” decisória — que aparece justificada das mais diversas maneiras (a evocar, geralmente, a hipótese-paradigma do artigo 461, §3º, do CPC) — espalhou-se muito particularmente pela Justiça do Trabalho, denotando uma relação empírica entre a pulsão de antecipar efeitos meritórios “*ex officio*” e a hipossuficiência econômica do reclamante (em geral, um ex-empregado). Mesma pulsão não se manifesta nas ações ajuizadas por empregadores (*e.g.*, os inquéritos para apuração de falta grave⁴²), conquanto tramitem perante os mesmos órgãos judiciais. Dir-se-ia, em avaliação rasa, tratar-se de mera propensão ideológica daquele ramo do Poder Judiciário, a engendrar perigosos níveis de parcialidade. Assim já não nos parece. Tanto as teorias da argumentação quanto a doutrina dos direitos fundamentais podem, em larga medida, contribuir para uma explicação racional e objetiva desse fenômeno, coibindo os eventuais excessos. É o que oxalá demonstraremos.

CASO nº 2. Repartição do ônus da prova

Seguindo de perto a doutrina de ROSENBERG, o artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor da ação, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I); e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extinto do direito do autor (inciso II). No processo do trabalho, a CLT estatui, em seu artigo 818, que a prova das alegações importa à parte que as fizer; e, de resto, remete à legislação processual civil naquilo em que for omissa (artigo 769 da CLT). Note-se que o ordenamento brasileiro não possui uma regra geral de inversão do “*onus probandi*”, à diferença do português (artigo 344º, 2, do Código Civil português).

Supor-se-ia, dessarte, ser do reclamante o ônus de comprovar as horas extraordinárias por ele narradas, bem como o término do contrato de trabalho; isso porque tanto a jornada quanto a terminação contratual compõem as alegações do reclamante e são fatos constitutivos dos direitos pleiteados (remuneração das extras, pagamento dos haveres resilitórios, movimentação do FGTS, etc.). Mas, consultando-se a Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, constata-se haver, num caso e noutro,

⁴² Artigos 853 a 855 da CLT.

orientação pacífica quanto à *inversão do ônus da prova*, que passa ao encargo do empregador nas hipóteses das Súmulas n. 338⁴³ e 212⁴⁴ do C.TST, respectivamente. Os juízos de base tendem a seguir tais súmulas, seja pelo seu conteúdo tuitivo (na esteira do chamado “princípio da proteção”), seja pela força do argumento “*ex auctoritate*” (trata-se de precedentes da mais alta corte trabalhista nacional). Hipóteses semelhantes são encontradas em vários outros nichos jurisprudenciais, mormente quando as pretensões têm índole humanitária (cobertura securitária em casos de soropositividade para HIV, discriminação nos serviços públicos, etc.). À margem de norma processual específica (preexistente em raros ensejos, como nos litígios consumeristas e nos contratos de empréstimo e financiamento — respectivamente, artigos 6º, VIII, do CDC⁴⁵, e 3º da MP n. 2.172-3, de 23.08.2001⁴⁶), tais decisões parecem desconhecer a legislação em vigor e, nessa medida, violar o devido processo formal⁴⁷.

⁴³ Súmula n. 338: “**Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova.** [...] I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode se elidir por prova em contrário. [...] III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”. Como se percebe, são duas as hipóteses de inversão pretoriana do ônus da prova em matéria de jornada de trabalho: (a) se o empregador não observa o dever legal de registrar documentalmente a jornada de seus empregados (existente para empresas com mais de dez empregados, *ut* artigo 74, §2º, da CLT); (b) se os registros mantidos são “britânicos”, i.e., se por longos períodos não apresentam qualquer variação, de minutos ou segundos, para mais ou para menos (precisão cronológica que — diz a boa razão — foge às imprevisões do elemento humano).

⁴⁴ Súmula n. 212: “**Despedimento. Ônus da prova.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviços e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”. Trata-se, a propósito, de um princípio não escrito, geralmente aceito pela doutrina juslaboral (cf., por todos, Américo Plá Rodriguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner Giglio, São Paulo, LTr, 1996, pp.244 e ss.); logo, a súmula admite explicitamente uma inflexão do devido processo formal à conta de uma norma de direito material (norma-princípio implícita).

⁴⁵ “São direitos básicos do consumidor: [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

⁴⁶ “Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulação com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação”. A doutrina brasileira tem criticado o preceito, haja vista tratar-se, a rigor, de ação de nulidade de ato jurídico (i.e., ação constitutiva negativa — e não “declaratória” ou de simples apreciação). Cf., por todos, Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp.305-306.

⁴⁷ Não raro, ensaia-se aplicar, a toda a casuística anterior (não legislada), a norma do artigo 6º, VIII, do CDC, por analogia “*iuris*”. Não nos parece, porém, ser esse o melhor desenlace, haja vista que nem sempre as inversões pretorianas têm por base a hipossuficiência técnica ou econômica do favorecido (como, *e.g.*, nas hipóteses de soropositividade), que é a “*ratio essendi*” da regra inserta no Código de Defesa do Consumidor.

CASO nº 3. Liminares em face do poder público

Nos termos da Lei n. 4.348, de 26.06.1964 e da Lei n. 8.437, de 03.06.1992, a Fazenda Pública brasileira goza de especial privilégio contra a concessão de medidas liminares cautelares ou antecipatórias. Com efeito, proíbe-se a concessão de medida liminar em mandados de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens funcionais (artigo 5º da Lei n. 4.348/64); tampouco é cabível medida liminar contra atos do poder público, em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança (artigo 1º, *caput*, da Lei n. 8.437/92, remontando à hipótese do artigo 5º da Lei n. 4.348/64). São ainda vedadas as medidas liminares que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação movida em face da Fazenda Pública (artigo 1º, §3º, da Lei n. 8.437/92), ou quaisquer que defiram compensação de créditos tributários ou previdenciários (artigo 1º, §5º, da Lei n. 8.437/92). Todas essas limitações se aplicam, outrossim, às formas de tutela antecipada previstas nos artigos 273 e 461 do CPC, *ut* artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Enfim, mesmo nos mandados de segurança coletivos e nas ações civis públicas, eventuais medidas liminares jamais poderão ser deferidas “*inaudita altera parte*”, porque só poderão ser concedidas após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público (artigo 2º da Lei n. 8.437/92). O motivo de tamanhas restrições está na possibilidade de que a Fazenda, gestora oficial de todo o dinheiro arrecadado junto à coletividade, se veja surpreendida, orçamentaria e financeiramente, por liminares que impliquem entrega de somas pecuniárias⁴⁸.

Avolumam-se, porém, as decisões que ignoram ou “contornam” a vedação processual de medidas liminares em detrimento do erário, ora argumentando a sua inconstitucionalidade⁴⁹ (com evidente desacerto, porque, a ser assim, tais normas *jamais*

Além disso, ao menos no campo da jurisdição civil, não haveria que se falar em “analogia”, que é um *método de integração* (i.e., serve à colmatação de *lacunas* — artigo 4º da LICC), se o Código de Processo Civil vazou norma expressa a respeito (artigo 333).

⁴⁸ Cf., nesse sentido, Luiz Fux, “O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público”, in *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.827.

⁴⁹ Para MARINONI, p.ex., “qualquer medida provisória ou lei que vede a concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública deve ser considerada inconstitucional” (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação de*

poderiam ser aplicadas⁵⁰), ora contrapondo, à sua eficácia, normas-princípio de conteúdo indeterminado (como ocorre, no Direito do Trabalho, com o já referido princípio da proteção) alocadas em esquemas hermenêuticos pouco transparentes.

CASO nº 4. Admissão de provas ilícitas e/ou ilegítimas

A Constituição da República Federativa do Brasil é peremptória ao declarar “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (artigo 5º, LVI). Nada obstante, os tribunais superiores brasileiros já admitiram no processo provas de origem essencialmente ilícita, em variegadas ocasiões, quando estiveram em jogo bens, direitos ou interesses jurídicos tão ou mais valiosos que aqueles vulnerados pela produção da prova (como, *e.g.*, o “*status libertatis*”⁵¹, a segurança pública⁵² ou o direito à identidade biológica⁵³). Têm-se, outra vez, fissões aparentes na tessitura do devido processo formal, amiúde justificadas por um anódino “princípio da verdade real” (dada a maior incidência no processo penal) ou, mais adequadamente, pelo princípio instrumental da

tutela, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.386). A ilação, como se vê, é posterior à decisão na ADC n. 04/DF, que caminhou em sentido diametralmente oposto (e com eficácia “*erga omnes*”). V., *infra*, o tópico 27.2.1.

⁵⁰ Pense-se, *e.g.*, na realização imediata de um crédito de empresa privada cujo montante comprometa, no âmbito do município, a própria execução de serviços públicos tão fundamentais como a coleta de lixo, o funcionamento das escolas municipais ou a atividade da guarda civil metropolitana. Para hipóteses como essas, que tendem a ser frequentes, a vedação legal é legítima e imperiosa.

⁵¹ Nesse sentido, cf., por todos, Ada Pellegrini Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp.60-61. Na jurisprudência, cf. STJ, ROHC n. 7216-SP, Proc. n. 1998/00004035-8, 5ª T., rel. Min. EDSON VIDIGAL, v.m., 28.04.1998, in DJ 25.05.1998, p. 125 (gravação clandestina de conversa telefônica).

⁵² Cf., *e.g.*, STJ, HC n. 3982/RJ, Proc. n. 1995/0053161-5, 6ª T., rel. Min. ADHEMAR MACIEL, 05.12.1995, in DJ 26.02.1996, p. 4084. *In verbis*: “A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (exclusionary rules) também lá pede temperamentos. Ordem denegada”.

⁵³ Cf., *e.g.*, STF, HC n. 76.060-4, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 31.03.1998, in *Lex-STF* n. 237, pp.304-309. Não se referendou concretamente a constrição física do suposto pai ao fornecimento de amostras biológicas para exame de DNA, mas apenas por se tratar, na espécie, de mera “prova de reforço”. “A *contrario sensu*”, o aresto parece sugerir que, se a paternidade genética não puder ser investigada sem a participação do réu, justificar-se-ia, excepcionalmente, o constrangimento físico ao exame hamatológico. Nesse preciso sentido, em Portugal, cf. Ana Paula Mota da Costa e Silva, “A realização coerciva de testes de ADN em ações de estabelecimento de filiação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço* (Separata), Coimbra, Almedina, 2002, v. II, *passim* (especialmente pp.595-597). Tal escólio inspirou obra nossa, posterior, que tisonou tema similar (vide nota subsequente). V., *infra*, os tópicos 15.4 e 31.2.

proporcionalidade. Essa última é, certamente, uma explicação razoável (como, aliás, já sustentamos noutro estudo⁵⁴); mas deve ser inserida em um modelo decisório mais amplo, que contemple, tanto quanto possível, índices objetivos de valoração dos bens, direitos e interesses envolvidos em cada caso concreto.

CASO nº 5. Penhora de vencimentos, salários e afins

São absolutamente impenhoráveis, a teor do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil brasileiro,

“os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §3º deste artigo” [Redação da Lei n. 11.382, de 06.12.2006].

O parágrafo 2º do artigo 649 da CPC estatui que a impenhorabilidade do inciso IV não é oponível aos créditos de prestação alimentícia. E o seu parágrafo 3º — acrescentado pela Lei n. 11.382/2006 — dispunha, por via de exceção, sobre a penhorabilidade de quarenta por cento (40%) da importância recebida mensalmente, a título de vencimentos, subsídios, soldos, salários, etc., além da marca de *vinte salários mínimos* (após efetuados os descontos de imposto de renda retíveis na fonte, da contribuição previdenciária oficial e de outros descontos compulsórios). Tal parágrafo, porém, foi *vetado* pelo Presidente da República, e o veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional brasileiro.

Pareceria indubitado, portanto, que o sistema legal brasileiro *não admite*, em sede de execução, qualquer penhora de vencimentos, subsídios, soldos, salários ou equivalentes, à exceção daquelas lastreadas em *prestação alimentícia* devida a parentes, cônjuges ou companheiros (artigos 1694 a 1710 do NCC). Afinal, o único estribo legal para outro tipo

⁵⁴ Cf., de nossa lavra, *Direito à prova e dignidade humana: Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*, São Paulo, LTr, 2007, *passim* (com prefácio de PAULA COSTA E SILVA).

de penhora sobre salários e afins — o malsinado parágrafo 3º — nem mesmo entrou em vigor.

Nada obstante, ainda aqui se pode compilar jurisprudência que pugna por solução diversa, “relativizando” uma restrição processual literal. Tal corrente equipara, às prestações alimentícias típicas (devidas a parentes, cônjuges e companheiros), as prestações salariais contratuais (devidas a empregados e ex-empregados), ao argumento de que ambas têm caráter alimentar (conquanto *estricto* no primeiro caso e *lato* no último). Admite, por conseguinte, penhoras parciais de salários, vencimentos, soldos, subsídios, proventos de aposentadoria e afins, desde que se prestem a assegurar a satisfação de *salários* devidos ao exequente. Não há, com isso, subversão do devido processo de execução? Não se liquida o direito do executado ao devido processo formal (i.e., a ser executado nos estritos limites da lei)? Cumprir-nos-á descobrir⁵⁵.

CASO nº 6. Competência penal da Justiça do Trabalho brasileira

Ao ensejo da EC n. 45, de 08.12.2004, alterou-se o disposto no artigo 114 da CRFB, ampliando-se significativamente a competência da Justiça do Trabalho brasileira. Apesar disso, uma parte da magistratura do trabalho e do ministério público do trabalho frustrou-se, por lhe terem sido negadas, respectivamente, a competência e a legitimidade para o processo e o julgamento dos crimes e contravenções contra a organização do trabalho e contra a administração da Justiça do Trabalho, à mercê da rejeição de todas as propostas de emenda constitucional que a encaminhavam. Com efeito, o artigo 114 da CRFB nada disse quanto à competência penal condenatória da Justiça do Trabalho (conferiu-lhe tão só a competência para uma ação penal liberatória, a saber, o *habeas corpus* — artigo 114, IV); o artigo 109, VI, por outro lado, prosseguiu conferindo à Justiça Federal comum a competência para processar e julgar “os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

⁵⁵ Cf., *infra*, o tópico 22.2 e o §33º, n. XII.

Nos meses seguintes, desenvolveram-se teses forenses de “competência penal implícita” arrimada nos incisos I e IV do artigo 114 da CRFB⁵⁶, subministrando interpretações construtivas que identificaram, no silêncio relativo do texto constitucional, hipóteses residuais de competência penal condenatória acometidas à Justiça do Trabalho⁵⁷. De um lado, argumentou-se com a interpretação sistemática da Constituição Federal e a tese da “adequação legítima” (baseada na conveniência da unidade de convicção em matérias trabalhistas)⁵⁸. De outro, esgrimiou-se com o novo perfil da Justiça do Trabalho (doravante uma “justiça comum do trabalho”⁵⁹) e com o acentuado déficit de efetividade das normas juslaborais, para cujo refluxo contribuiria pedagogicamente a efetiva aplicação de sanções penais “*stricto sensu*” (na esteira dos seus efeitos de prevenção geral — positiva e negativa — e de prevenção especial⁶⁰); e, de fato, as ferramentas do Direito Penal

⁵⁶ Essas teses foram especialmente implementadas no Estado de Santa Catarina, junto à Vara do Trabalho de Indaial, onde as opiniões convergentes do procurador e do juiz do trabalho oficiantes permitiram a realização de inúmeros “pautões criminais” e, bem assim, a celebração de várias transações penais (artigo 76 da Lei n. 9.099, de 26.09.1995), enquadrando empregadores e tomadores que violaram, a um tempo, normas de Direito do Trabalho e de Direito Penal do Trabalho. V., *infra*, o tópico 27.1; e, alhures, Reinado Branco de Moraes, “*Resultados práticos da competência penal trabalhista*”, in *Revista LTr*, São Paulo, LTr, fev. 2007. a. 71. n. 02. O autor era, à época, o juiz titular da Vara do Trabalho de Indaial.

⁵⁷ De nossa parte, confira-se o Parecer n. 01/2006, de 24.03.2006, exarado a pedido da Presidência da ANAMATRA para instruir, na ADI n. 3684/2006, a sua intervenção como “*amicus curiae*”. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-18112009-101010/publico/PARECER_COMPET_PENAL_JUSTI_DO_TRABALHO.pdf (acesso em 02.01.2013).

⁵⁸ Cf., por todos, José Eduardo de Rezende Chaves Júnior, “A emenda constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho”, in *Nova competência da Justiça do Trabalho*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.), São Paulo, LTr, 2005, pp.220-235.

⁵⁹ Cf., e.g., Antonio Álvares da Silva, *Competência penal trabalhista*, São Paulo, LTr, 2006, *passim*.

⁶⁰ A **prevenção geral negativa** diz com os *efeitos difusos de intimidação* da sanção penal, de modo que esse aspecto “*tradicionalmente ha sido vinculado a la imposición de la pena concreta y, todavía más, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo*” (v. Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp.212-213; negando essa função, v. Francesco Carrara, *Programa del curso di diritto criminale: Del delitto, della pena*, Bologna, Il Mulino, 1993, p.409). Já a **prevenção especial (negativa)** corresponde a uma *função intimidatória individual* que tendencialmente inibe o condenado de praticar ulteriores delitos (Silva Sánchez, *op.cit.*, p.308). As teorias de **prevenção geral positiva**, por fim, assinam à sanção penal um complexo de fins de índole predominantemente ético-social, podendo distinguir-se “*entre concepciones fundamentadoras y limitadoras [...] Las primeras (Welzel, Jakobs, Armin Kaufmann, según la interpretación de Mir) permitirían ir más allá de lo preciso para la intimidación por razones de integración social* [i.e., reafirmação ética do valor da conduta juridicamente conformada]. *Las segundas, en cambio, sólo buscarían limitar los excesos de pena* [dirigindo-se, pois, ao Estado] *debidos a razones intimidatorias, exigiendo penas que respondan a la conciencia social (así, Roxin, Hassemer, Zipf, según los interpreta Mir)*” (Silva Sánchez, *op.cit.*, pp.227-229 [g.n.]). Aliás, a ideia de prevenção geral positiva — bem mais recente no Direito Penal — converge notavelmente para o principal atributo que as normas jurídicas (inclusive as penais) devem ter, segundo a teoria habermasiana do agir comunicativo: a sua *força social integradora*, baseada no reconhecimento subjetivo socialmente disseminado que tenta equacionar a permanente ambivalência do moderno (*coerção* vs. *Liberdade*; cf., e.g., Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno

do Trabalho têm sido subutilizadas no Brasil⁶¹. Houve mesmo um caso em que a tese da competência penal trabalhista mereceu chancela de um tribunal de apelo⁶². Ulteriormente, porém, o Supremo Tribunal Federal desautorizou tais interpretações, concedendo medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, após representação da Associação Nacional dos Procuradores da República (a quem originalmente assistia a legitimidade para propor essas ações penais); entre as razões de decidir, o Excelso Pretório evocou precisamente as garantias do devido processo legal⁶³. Sem prejuízo do acatamento institucional que essa decisão merece, seu conteúdo suscita, no

Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, pp.51 e ss.). No decorrer do presente estudo, voltaremos a HABERMAS em diversos ensejos.

⁶¹ Nesse sentido, a propósito do *trabalho forçado*, confirmaram-se os relatórios da 74ª e da 75ª reunião da Comissão de Peritos da OIT sobre a Convenção n. 29 no Brasil, ambos ressaltando a baixa incidência de condenações judiciais pela prática de crime de redução a condição análoga à de escravo (artigo 149 do CP) — conquanto chegue às centenas, todos os anos, o número de trabalhadores brasileiros libertados por agentes do Estado. Com efeito, tais relatórios apontavam *"la incapacidad en la que se encuentra el sistema judicial [brasileiro] de juzgar estas prácticas y sancionar a los culpables. La Comisión recuerda que, de conformidad con el artículo 25 del Convenio, el Gobierno debe garantizar que las sanciones penales impuestas por la ley sean realmente eficaces y estrictamente aplicadas"* (g.n.), o que não vinha ocorrendo no Brasil; e, para mais, registraram que *"todas las acciones positivas tomadas por el Gobierno en el ámbito de la sensibilización, la prevención, el refuerzo del sistema de inspección o de la reinserción sólo podrán erradicar el trabajo forzoso en Brasil si [...] pueden apoyarse en un sistema judicial creíble y capaz de condenar a los culpables a penas disuasivas. Las informaciones recibidas de la CUT sobre la reincidencia y sobre las prácticas cada vez más crueles parecen demostrar que ese no es el caso"* (g.n.).

⁶² *In verbis*: "JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA CRIMINAL ATRIBUÍDA PELA EC nº 45/2004. A partir da vigência da EC nº 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da CF, o núcleo da competência da Justiça do Trabalho foi modificado. Até 31-12-2004 a competência dessa Justiça Especializada estava calcada em elemento subjetivo (empregado e empregador), ou seja, pela condição das partes. Após essa data esse elemento transmutou-se e hoje a competência da Justiça do Trabalho é estabelecida de forma objetiva e decorre da natureza da matéria. Disso se extrai basicamente que os delitos que possuem no elemento específico do tipo penal, ou elementar, o componente trabalho e a ideia de subordinação econômica, passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho" (TRT 12ª Reg., Ac. n. 00311-2006-015-12-00 RO-V, Proc. n. 66887/2006, rel. Juíza ÁGUEDA M. L. PEREIRA, in DOE/SC 05.02.2007).

⁶³ STF, ADI n. 3684/2006, rel. Min. Cezar Peluso, TP, j. 01.02.2007, in DJU 03.08.2007. Na decisão, o relator registrou que a construção hermenêutica atributiva de competência penal à Justiça do Trabalho — exceto quanto ao *habeas corpus* (porque atribuída por expressa letra constitucional) — violaria o princípio do juiz natural (e, portanto, a cláusula do devido processo formal): *"Impõem-no os princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, incs. II e XXXIX) e do juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII), que, a título de garantia individual de segurança e da imparcialidade jurisdicional, exigem sejam, tanto quanto possível, claros e inequívocos, enquanto expressão lingüística da opção político-legislativa, os textos das normas que definem a autoridade competente para o julgamento dos delitos criminais, para efeito da imediata identificação, em cada hipótese, do juiz natural da causa. Como diz FERRAJOLI, ao discorrer sobre os critérios de definição de competência, "Il principio del giudice naturale impone ao contrario che sia la legge a pre-constituire siffatti criteri in forma rigida e vincolante... e che il solo modo di soddisfare pienamente il principio è quello di pre-constituire per legge criteri oggettivi di determinazione della competenza di ciascun singolo magistrato, e non solo degli uffici cui essi appartengono. [...] A exegese das regras constitucionais de competência deve guiar-se sempre à luz da garantia do juiz natural e dos seus desdobramentos normativos"*. Após essa decisão, o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição pacífica pela incompetência da Justiça do Trabalho para ações penais condenatórias.

plano científico, maiores digressões. A tese alternativa teve finalidade eminentemente corporativa? Ou havia razões de fundo a justificar a inflexão, atreladas ao próprio devido processo legal? Em havendo, poderiam, a rigor, justificá-la? Em que medida, afinal, os rígidos contornos da *competência* admitem (des)construção pretoriana?

VIII. Casuísticas semelhantes poderiam ser identificadas em outros ordenamentos jurídicos, caso houvesse, para tanto, tempo e espaço bastantes.

Apenas para referência, convém lembrar, no caso alemão, as inflexões provocadas pelo chamado “modelo de Stuttgart” (*infra*, §23º e tópico 23.2), que mereceu boa receptividade na primeira instância judiciária e induziu a “crise” de certos dogmas liberais (notadamente a inércia jurisdicional, corolário histórico da imparcialidade judicial)⁶⁴. No sistema norte-americano, releva citar o “*leading case*” que impõe a inversão do ônus da prova em casos de discriminação “*prima facie*”, cabendo ao réu provar a equanimidade dos critérios distintivos (*U.S. Supreme Court, McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 1973). Na França, tem-se por adquirido que, em certas ações que versam assédio moral (“*harcèlement moral*”) — notadamente nas de remoção de ilícito —, o ônus da prova deve incumbir ao réu⁶⁵.

Em Portugal, merecem menção as construções doutrinárias e jurisprudenciais içadas em torno das tutelas preventivas contra a Administração Pública (com a emergência, nos próprios tribunais, de um movimento generalizado que conferia maior protagonismo à tutela cautelar, revigorando a então inerte jurisdição administrativa lusitana⁶⁶), ou ainda do

⁶⁴ Cf., por todos, Rolf Bender, Christoph Strecker, “Access to Justice: report on the Federal Republic of Germany”, in *Access to justice: a world survey*, Milano, Giuffrè, 1978, v. I, l. II, *passim*.

⁶⁵ Cf., por todos, Isabelle Bourkhris, “La preuve et le harcèlement moral”, in <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcèlement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005).

⁶⁶ Cf., por todos, Ana Gouveia Martins, *A tutela cautelar no contencioso administrativo (em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, *passim* (especialmente pp.546 e ss. — item XII). Após o aludido movimento, o próprio CPTA positivou, em seu artigo 120º, 2, hipótese de ponderação processual dos interesses públicos e privados afetados que, partindo de juízos de prognose e conceitos jurídicos indeterminados (“manifesta falta de fundamento” para negar uma providência conservatória, “procedência provável” para deferir uma providência antecipatória), permitiu *relativizar* princípios materiais do Direito Administrativo (como os princípios da presunção de legalidade da atividade administrativa e o da autoexecutoriedade dos atos administrativos) e passou a determinar, por conseguinte, inversões totais ou parciais do “*onus probandi*” em prejuízo da Administração.

caso julgado inconstitucional (com a pretensão de desobediência privada às sentenças transitadas em julgado que violassem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a despeito do disposto no artigo 205º, 2, c.c. artigo 282º, 3, da CRP⁶⁷).

IX. Em todos esses casos e construções, o **devido processo formal** — cujo conceito será destrinchado alhures (§16º) — sofre, em maior ou menor medida, *inflexões* notáveis. Ora, a se tomar em conta a garantia constitucional do devido processo formal (que alça foros de universalidade, permeando os principais sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos: Emendas n. V e XIV à Constituição dos Estados Unidos da América; artigos 92 e 103, 1, da Lei Fundamental alemã; artigo 24 da Constituição espanhola; artigos 24, 25 e 111 da Constituição italiana; artigo 37 da Carta Magna de 1215⁶⁸; artigo 20 da Constituição grega; artigo 20º, 4, da CRP; artigo 5º, LIV, da CRFB; e assim sucessivamente), um exame mais aqodado denunciaria a *desconformidade constitucional* de

⁶⁷ As normas em questão estabelecem, respectivamente, que “*as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades*” (artigo 205º, 2, na numeração da RC/97, correspondente ao artigo 208º, 2, desde a RC/89); e que, dos efeitos “*ex tunc*” da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (artigo 281º, 3), “*ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*” (artigo 282º, 3). Para certa doutrina, porém, o artigo 18º, 1, da CRP confere **implicitamente**, a todas as entidades privadas, uma competência *desaplicadora* de todos os atos jurídico-públicos infraconstitucionais que ostensivamente violem a essência de um direito, liberdade ou garantia sob o regime do artigo 17º; entre esses atos, estariam todas as sentenças dos tribunais, incluídas aquelas cobertas pelo caso julgado (inconstitucional), apesar do que dispõe expressamente o artigo 282º, 3, da CRP. Veja-se, por todos, Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, pp.162-165. Para OTERO, seria esse um “*aspecto particularmente importante da vinculatividade do caso julgado inconstitucional*”, por excepcionar sua eficácia direta sobre as entidades privadas, apesar da norma do artigo 205º, 2, da CRP (o autor ainda se refere ao artigo 208º, 2, por se tratar de obra anterior à RC/97) e — acrescentamos — da própria ressalva do artigo 282º, 3, da CRP, que só consente com a restrição de efeitos da coisa julgada vazada sobre norma ulteriormente declarada inconstitucional quando houver *expressa decisão do Tribunal Constitucional*, e tão só em *matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social* (ut artigo 29º, 4, da CRP). Se a **vinculatividade** das decisões judiciais transitadas em julgado é um atributo do *direito à tutela judicial efetiva* — que, por sua vez, é corolário do devido processo legal formal (vide, *infra*, o tópico 26.1) —, e se não há outra ressalva constitucional à vinculatividade do caso julgado, senão aquela do artigo 282º, 3, da CRP, pode-se concluir, com boa margem de razão, que a construção em foco, ao relativizar os efeitos de todo e qualquer caso julgado inconstitucional por ofensa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, **inflexiona** uma regra positiva do “*procedural due process*”. Sobre a relativização da coisa julgada, cf., *infra*, o §32º.

⁶⁸ Texto constitucional escrito ainda em vigor no Reino Unido (com a redação de 1297, e parcialmente), ao lado da *Petition of Rights* (1628), do *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), do *Bill of Rights* (1689), do *Act of Settlement* (1701), do *Parliament Act* de 1911 (com as modificações do *Parliament Act* de 1949) e do *Westminster Statute* (1931). Ver, *infra*, o tópico 8.2.4, V.

tudo quanto ali decidido ou alvitado, por arrostar flagrantemente o teor literal de norma processual constitucional e/ou de legislação processual reputada conforme à Constituição.

Tal conclusão, veremos, predisporia a equívocos. Isso porque, na aplicação da secular cláusula do devido processo (“*due process*”), devem se acomodar concretamente, segundo modelos de decisão objetivamente aferíveis, as suas dimensões formal (“*procedural due process*”) e material (“*substantive due process*”). Aquela, sem essa, conduz à esterilidade dos sistemas fechados que se obcecaram por conceitos e juízos isentos.

Eis o que, ao final, provaremos.

1.2. O PROBLEMA

I. O mero arrolamento dos casos notáveis de inflexão do devido processo formal permite intuir, “*ab initio*”, que não se trata de eventos axiologicamente isolados. Há pelo menos uma conexão permanente entre eles, a permitir uma investigação abrangente de todo o elenco, à conta de fenômeno único.

É que, em todos os casos tangidos, a relativização da regra de processo ou de procedimento⁶⁹ tem por finalidade *preservar* e/ou *promover* uma pretensão de direito

⁶⁹ Empregaremos, doravante, as expressões “norma de processo” e “norma de procedimento” para marcar, à maneira da doutrina francesa, a mesma distinção que HÉRON estabelece, no plano dos atos jurídicos, entre “*actes processuels*” e “*actes de procédure*” (na perspectiva das partes parciais): os primeiros correspondem à manifestação de vontade das partes (dimensão *formal-exterior*), enquanto os segundos correspondem ao conteúdo mesmo do ato, i.e., ao *efeito jurídico* visado pelas partes ao praticá-lo (dimensão *teleológica*). O *gênero*, designá-lo-emos simplesmente pela expressão “*norma adjetiva*”. Nessa ordem de ideias, **ação** e **defesa** são, em essência, *atos processuais*, a que se respectivamente se ligam, como *atos de procedimento*, a petição inicial e a contestação. Cf. Jacques Héron, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd. (par Th. Le Bars), Paris, Précis Domat, 2002, n. 56; cf., ainda, Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, p.191 e — para a crítica pontual — pp.135-136 (“[...] nous semble introduire une abstraction quelque peu inutile, dans une discipline qui a besoin de concret”). Pressupõe-se, portanto, que **ação** e **defesa** são entidades existentes *em potência* (como *direitos abstratos* — e.g., o direito constitucional de ação — e *concretos* — e.g., o direito de pedir e haver, em juízo, indenização por danos ilicitamente sofridos, e o direito de pedir o improvimento dessa pretensão) e *em ato* (quando efetivamente exercitadas em juízo). Na literatura portuguesa, ao pugnar pela *relevância da vontade* na determinação de sentido e na higidez técnico-jurídica dos atos processuais postulativos, PAULA COSTA E SILVA (*Acto e processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp.511-649) parece chegar, por outra via, àquela mesma

material subjacente à lide, cuja origem se radica, direta ou indiretamente, no **rol constitucional de direitos humanos fundamentais da pessoa**.

Se não, vejamos.

II. No caso n. 1, o que geralmente subjaz à inflexão processual é a hipossuficiência econômica da pessoa (como, p. ex., o *trabalhador*, que é, via de regra, o autor no processo do trabalho; quando essa relação se inverte — como, *e.g.*, nos referidos inquéritos para apuração de falta grave —, não se cogita de antecipação “*ex officio*”). Hipossuficiência, porém, *aliada* à premência de atendimento de uma necessidade humana (apresentação de documento para fruir das prestações da aposentadoria especial⁷⁰, percepção de salário para prover ao sustento imediato da família, cessação de atividades para evitar danos pessoais iminentes, etc.). Não por outra razão, há processos nos quais a antecipação de tutela não é concedida de ofício (aliás, em maioria estatística⁷¹), a despeito da hipossuficiência presumida de seu autor. Resulta, disso, que o substrato ético de tais decisões não é a mera hipossuficiência, nem o suposto “paternalismo” dos juízes laborais, mas um *estado de crise*

distinção: ao cabo das contas, termina por conferir *primazia axiológica* aos atos processuais postulativos (i.e., ao *conteúdo* dos atos de postulação em juízo), ainda quando exsurjam em desacordo com os atos procedimentais correspondentes. Explicitamente, porém, não os distingue. Antes, prefere aproximar — ou até equivaler (*op.cit.*, pp.211-212) — os conceitos de *ato processual* e de *ato procedimental*, embora reconhecendo que “*se o processo ou o acto procedimento são categorias de classificação de todo tipo de actos jurídicos atendendo à respectiva complexidade quantitativa, então dizer que os actos processuais são meros actos de um procedimento é uma afirmação totalmente inútil, pois que ela não permite distinguir os actos processuais que se encontram submetidos a um regime de direito processual civil de outros actos processuais, porque integrados em actos de procedimento, que se não encontram sujeitos a regimes de direito processual civil*” (p.172); adiante, porém, procura justificar-se (pp.172-173). De nossa parte, pensamos que a distinção, no plano ontológico, entre *ato processual* e *ato de procedimento* — que, no plano deontológico, predispõe a correspondente distinção entre *norma processual* e *norma procedimental* — serve justamente para isolar, dos atos e normas de procedimento que não reclamam a figura do Estado-juiz, aqueles atos e normas que **pressupõem o exercício da jurisdição** (atual ou potencial), seja no âmbito civil (processo civil), seja no âmbito penal (processo penal), trabalhista (processo do trabalho), fiscal (processo tributário) ou administrativo (no Brasil, o próprio processo civil; em Portugal — e em todos os países com jurisdição administrativa —, o processo administrativo). Nos *autos*, por óbvio, tais atos tendem a se confundir (plano fenomenológico); nem por isso, o binômio perde a sua utilidade discursivo-científica.

⁷⁰ No Brasil, o chamado “perfil profissiográfico previdenciário”, ou PPP (*ut* artigo 58, §4º, da Lei n. 8.213/1991, na redação da Lei n. 9.528/1997: “*A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento*”).

⁷¹ Mesmo entre os juízes que *concedem de ofício* a antecipação de tutela do artigo 273 do CPC (visto que a maioria não a concede), essa concessão tende a ser mais ou menos excepcional. Observe-se, entretanto, não haver dados oficiais disponíveis a esse respeito; trata-se, por ora, de uma percepção empírica (se bem que facilmente alcançável por tantos quantos militem na Justiça do Trabalho brasileira).

que subjaz à lide sociológica e acomete direitos fundamentais de segunda geração (como, e.g., o direito à aposentadoria⁷², o direito ao “salário mínimo [...] capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família”⁷³, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho sadio⁷⁴, etc.). Ora, uma vez constatada essa relação, pode-se acenar com a possibilidade, em tese, de o juiz conceder antecipações “*ex officio*” em favor do empresário (no processo laboral) e das partes privadas em geral (no processo civil), desde que se reproduza, nos respectivos processos, a mesma matriz tridimensional (*fato-valor-norma*⁷⁵) que as vinha determinando em processos movidos por hipossuficientes; afinal, a titularidade dos direitos fundamentais não deita raízes na hipossuficiência econômica, mas na *condição humana* (que, por vezes, irradia-se para a própria pessoa jurídica⁷⁶). Acena-se, então, com a possibilidade de um **modelo de decisão** (que, todavia, não pode *ignorar* simplesmente o teor do texto normativo — “*a requerimento da parte*” — e desancar o devido processo formal; daí a sua necessária adjetivação: há de ser um modelo **racional, permeável e inclusivo**⁷⁷).

No caso n. 2, outra vez a inflexão parece ter, na sua base, a hipossuficiência técnica ou econômica de uma das partes. Mas o que realmente justifica as inversões, na casuística apontada (Súmulas 212 e 338 do TST), ora será o direito à relação de emprego protegida

⁷² Artigo 7º, XXIV, da CRFB.

⁷³ Artigo 7º, IV, da CRFB.

⁷⁴ Artigos 7º, XXII, 200, VIII, e 225, *caput*, da CRFB.

⁷⁵ Perfilharemos, aqui e doravante, a **teoria tridimensional do Direito**, tal como desenvolvida e consagrada, no Brasil, por MIGUEL REALE (cf. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp.497-561).

⁷⁶ A nosso sentir, nenhum tribunal enfrentou esse tema com a mesma solidez e precisão que o *Bundesverfassungsgericht* alemão (notadamente entre as décadas de quarenta e sessenta), à luz do que dispõe o artigo 19, 3, da GG (no sentido de que “[d]ie Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind”). Sobre a aplicabilidade, às pessoas jurídicas de direito privado, dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza, cf. *BVerfGE* 3, 383 [390] (ref. artigo 3º, 1, da GG); *BVerfGE* 4, 7 [12 e 17] (ref. artigo 14 da GG). Já quanto às pessoas jurídicas de direito público, decidiu-se que os direitos fundamentais não lhe são aplicáveis, quando realizam funções públicas; cf., por todos, *BVerfGE* 21, 362 (Reclamação Constitucional do Instituto Estadual de Seguro de Westfalia, um das titulares do *Sozialversicherungsträger* alemão; a reclamação não foi admitida, por ausentes os pressupostos do artigo 19, 3, da GG). Cf., ainda, *BVerfGE* 15, 256 [262]: o Estado não pode ser, ao mesmo tempo (numa mesma função), destinatário e titular de direitos fundamentais. No Brasil, em sentido semelhante ao artigo 19, 3, da GG, dispõe o artigo 52 do NCC: “*Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade*”. Há que buscar, pois, parâmetros hermenêuticos similares àqueles hauridos do artigo 19, 3, da GG (“[...] soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind”) para operacionalizar, no caso brasileiro, a aplicação do preceito quanto às pessoas jurídicas (inclusive as de direito público, se o caso). Cf., *infra*, a nota n. 961; e, mais adiante, o tópico 16.2

⁷⁷ Quanto a isso, cf., *infra*, os tópicos 5.1 a 5.2.

contra despedida arbitrária ou sem justa causa⁷⁸ (o que implica um potencial dever jurídico de *motivar* a dispensa — e, por essa via, o ônus de *provar* os motivos⁷⁹), ora será o próprio devido processo formal, densificado como *direito à prova (exequível)*. É que, no caso da Súmula 338 do TST, o que verdadeiramente está em causa não é nem a hipossuficiência econômica, nem tampouco o princípio da proteção (ínsito, *e.g.*, à norma do artigo 7º, I, CRFB); antes, ganha relevo a dificuldade da parte autora — o reclamante (ex-empregado) — em fazer prova de fato que deveria ter sido documentado oportunamente pelo empregador: os *horários diários de trabalho* (que, nas empresas com mais de dez empregados, deveriam constar de registros manuais, mecânicos ou eletrônicos, *ut* artigo 74, §2º, da CLT). Afinal, o mais das vezes, a prova testemunhal que se consegue produzir acerca dos horários, em substituição àquela documental (manual, mecânica ou eletrônica), é lacônica, estimativa e imprecisa; examinada com rigor, prejudicaria o autor (pelos períodos não cobertos) ou deporia contra a isenção da testemunha (que, não raro, acaba por indicar horários gerais e invariáveis cobrindo períodos contínuos de vários anos...). Na prática, os juízes terminam por admitir os horários do exórdio ou estender a todo o contrato uma estimativa favorável (como sugere, mais recentemente, a própria O.J. n. 233/SDI-1/TST⁸⁰); eis, afinal, a razão de ser — *razão prática* — daquela inversão de ônus. Logo, é forçoso concluir que, em hipóteses similares (comprometimento intencional ou negligente do direito à prova exequível), poder-se-á projetar o mesmo efeito (a inversão do “*onus probandi*”) em favor de outras partes (inclusive o empregador; ou, no cível, a contraparte de um contrato), desde que presentes as mesmas condicionantes.

⁷⁸ Artigo 7º, I, da CRFB (que, por essa via, encontra um átimo de concreção, a despeito da inércia legislativa em editar a *lei complementar* que o preceito requer).

⁷⁹ Na prática, com a inversão alvitada pela Súmula 212/TST, dá-se tão só concreção ao *ônus de provar os motivos da dispensa*, quando houver; tais motivos podem ser *motivos disciplinares* — caso em que há dispensa *com justa causa* —, ou *motivos técnicos, econômicos e/ou financeiros* — caso em que há dispensa sem justa causa, porém *motivada*; logo, não será *arbitrária*, o que pode importar em algumas modalidades de estabilidade (veja-se, *e.g.*, o caso do “cipeiro” e a norma do artigo 165 da CLT). Já o “potencial” dever de motivar a dispensa prossegue latente, condicionado à regulamentação na esfera sindical (acordos e convenções coletivas de trabalho), enquanto não vem a lume a lei complementar do artigo 7º, I, CRFB. O que significa perpetuar, a despeito da norma constitucional, a prática das “denúncias vazias” de contratos individuais de trabalho.

⁸⁰ “**HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO (nova redação) - DJ 20.04.2005.** A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”.

No caso n. 3, estão em jogo, por um lado, a capacidade econômico-financeira do Estado (e, por consequência, a continuidade dos serviços públicos — artigo 175, *caput*, da CRFB), e, por outro, interesses privados que podem ou não enfeixar direitos humanos fundamentais. Aqui reside, em nossa opinião, o ponto nevrálgico da questão. Não se justificaria, p. ex., afastar a norma do artigo 1º da Lei n. 9.494/97 com o propósito de liquidar mais rapidamente créditos pendentes de grandes empreiteiras junto à Fazenda Pública (ainda que presentes, “*in concreto*”, todos os pressupostos do artigo 273 do CPC); se, porém, a inércia do Estado põe em risco a vida ou a saúde do cidadão (assim, *e.g.*, se a União tarda em repassar créditos orçamentários ou entregar equipamentos imprescindíveis para a realização de uma cirurgia em paciente terminal), ou a própria subsistência do trabalhador e de sua família (assim, *v.g.*, se o Município procede à dispensa coletiva de todo o seu quadro de empregados celetistas e não quita sequer os salários em haver⁸¹), parece haver sentido em, episodicamente, recusar aplicação à norma processual proibitiva, em benefício de um bem, direito ou interesse maior e/ou mais urgente. Caberá sopesar, em juízos de ponderação (= proporcionalidade), todos os valores jurídicos casuisticamente envolvidos; o que, todavia, não pode ser puramente arbitrário ou ideológico. Outra vez, percebe-se a necessidade de um modelo racional de decisão, que imprima alguma objetividade a juízos de ponderação em contextos de colisão de princípios⁸².

⁸¹ Observe-se que, nos termos da Súmula n. 363/TST, “*a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos de FGTS*”; logo, mesmo nas contratações irregulares, entende-se serem ao menos devidos os salários do período (desde que tenha havido trabalho) e o respectivo FGTS. Pessoalmente, divergimos da inteligência da súmula, presumindo a boa-fé dos obreiros e pugnando pelo pagamento *integral* de todos os créditos trabalhistas naturalmente derivados do contrato de emprego, sem prejuízo do direito — e do *dever* — do erário em se ver ressarcido junto ao administrador público ímprobo que, inadvertidamente ou não, contratou irregularmente a mão-de-obra (artigos 5º e 11, II e V, da Lei n. 8.429, de 02.06.1992). Para nossa posição, cf. *Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*, São Paulo, EDJ, 2006, v. I, pp.30 e ss.

⁸² Sobre *colisão de princípios*, cf., *infra*, o § 24º. Não queremos dizer, com isso, que não se conheçam, na doutrina universal, *modelos racionais de decisão* para juízos de ponderação em geral. Conhecem-se, e vários; cite-se, em especial, o **modelo de pesos** de ROBERT ALEXY, de racionalidade indiscutível (dir-se-ia quase *matemática*), cunhado para se aplicar precisamente às colisões de direitos fundamentais (cf., do autor, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp.134-157; e *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Berbal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España [Centro de Estudios], 2004, pp. 48-81 e notas n. 68 e 69 — neste último, respondendo às objeções de HABERMAS e de BÖCKENFÖRDE). A deficiência que sugerimos existir — e para cuja correção pretendemos contribuir — liga-se muito particularmente aos **juízos de ponderação que contrapõem direitos materiais** (em geral, normas-princípio de direitos fundamentais) e **garantias processuais**, uma vez que ALEXY não chega a considerá-los concretamente e tampouco sugere, à conta de

No caso n. 4, os exemplos trasladados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro contrapõem, à garantia processual de repúdio às provas inadmissíveis (i.e., *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*⁸³), ora a liberdade espaço-corporal, ora a segurança pública, ora, ainda, o direito à identidade biológica. Novamente, subjaz à inflexão da norma processual um juízo de proporcionalidade que leva em conta liberdades e direitos de consagração constitucional; ao menos um deles — o primeiro — tem a nota indiscutível da fundamentalidade. Quanto aos demais, há que debater, a uma, a sua natureza constitucional; a duas, a sua hierarquia “*in tese*”; a três, o modelo de ponderação a se adotar. Decerto tisanará o devido processo formal uma tese que admita, no processo, provas ilícitas ou ilegítimas, toda vez que a parte apresentante puder vincular retoricamente, à sua pretensão, qualquer direito alçado ao panteão constitucional (tanto mais em sistemas políticos como o brasileiro e o português, que se esmeraram em constitucionalizar direitos e interesses).

No caso n. 5, mais uma vez, vem à baila a hipossuficiência econômica como aparente razão de decidir. Antes, parece-nos relevar o *caráter alimentar* dos créditos exequendos, para se discutir, no plano juslaboral, o que tem estrita natureza alimentar e o que não a tem. Terá caráter alimentar tudo aquilo que servir diretamente à subsistência pessoal e familiar, sem o que há risco de afetação “nuclear” da dignidade da pessoa humana (escassez de alimentos ou vestuário, cortes de luz e água ou despejo, endividamento para subsistência, etc.). Significa dizer que, ao relativizar a vedação processual do artigo 649, IV, do CPC, o juiz deveria ao menos *considerar* essa questão (o que hodiernamente não é feito). Assemelha-se-nos injustificável, p. ex., infletir a norma de impenhorabilidade absoluta de salários e bloqueá-los, ainda que parcialmente, com o propósito — único e exclusivo — de quitar direitos de imagem de artista ou atleta profissional. Por outro lado, se a inflexão só se justifica em função do caráter estritamente alimentar do crédito contraposto (ligado à ideia de inviolabilidade da dignidade humana), não poderá, em tese, favorecer pessoas jurídicas; mas poderá, em contextos semelhantes, favorecer pessoas

ponderação, “inflexões” de qualquer ordem no devido processo formal. Vê-se, porém, que elas *existem* — e merecem reflexão.

⁸³ Para a distinção, cf., por todos, Pietro Nuvolone, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1966, v. 21 (2ª série), pp.448-450. Tornaremos ao tema no §31º (*infra*).

naturais que jamais tenham se subordinado ao réu ou sequer sejam economicamente hipossuficientes.

Por fim, no caso n. 6, ainda que parecesse se tratar de mera disputa política em torno da redistribuição do poder jurisdicional (o que não deixa de ser, nalgum nível, verdadeiro), a tese da competência penal-trabalhista sempre se calcou em uma explícita argumentação jusfundamental: a da *revalorização das normas de direito social* (o que envolve, em boa medida, direitos fundamentais de segunda geração). Se houve, “*in casu*”, hipótese justificável de inflexão da norma do artigo 109, VI, 1ª parte, da CRFB, foi travestida de “interpretação” (cabendo estabelecer, oportunamente, as conexões entre as duas técnicas); e pretendeu dirimir, na sua base, um conflito de jurisdição que opunha uma razão de ordem histórico-formal (o teor literal da Constituição e a rejeição parlamentar das emendas que outorgavam competência penal à Justiça do Trabalho) a uma razão de ordem teleológico-substancial (a necessidade de reduzir o déficit de efetividade das normas trabalhistas e a maior aptidão dos juízes laborais para julgar questões penal-trabalhistas). Poder-se-ia, em tais extremos, “flexibilizar” o texto constitucional e ignorar a “*mens legislatoris*”?

É curioso, ademais, o caso do “modelo de Stuttgart”, que examinaremos com mais vagar adiante (tópico 23.2, *infra*). Referendando iniciativas oficiais e intervenções procedimentais incomuns que, no limite, podiam combalir o sentido de imparcialidade judicial, as suas inflexões brotavam de um escopo de “socialização” do processo tendente a deflagrar inevitáveis *tensões* entre manifestações deontológicas de uma mesma garantia fundamental (a saber, a do devido processo legal — “*fares Verfahren*” —, subjacente à ordem constitucional alemã⁸⁴). Com efeito, a cláusula geral de garantia da tutela jurídica processual *efetiva e equitativa* (“*Gewährleistung eines effektiven und fairen*

⁸⁴ Cf. Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, “*Verfassung und Zivilprozeß*”, in *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung: Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht*, Würzburg 1983, Walther J. Habscheid (Hrsg.), Bielefeld, Giesecking, 1983, pp.01-89 (especialmente pp.64-67). *In verbis*: “*Die Wurzel des Rechts auf ein fares Verfahren wird in der Bundesrepublik Deutschland aus der Verknüpfung eines materiellen Grundrechts mit dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip gesehen*” (p.65). Cf., ainda, Max Vollkommer, “*Der Anspruch der Parteien auf ein fares Verfahren im Zivilprozeß*”, in *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, Rudolf Bruns, Johannes Baltzer *et al.* (hrsg), Berlin, Franz Vahlen, 1980, pp.195-219; e, mais incidentalmente — em ambiente bem específico —, Bartosz Sujecki, *Das elektronische Mahnverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp.290-291.

Rechtsschutzverfahrens”⁸⁵) supõe, por um lado, a estrita observância do procedimento legal para, assim, fazê-lo sempre equânime; mas determina, por outro lado, o exercício de poderes assistenciais e a prática de atos atípicos para fazê-lo sempre efetivo, como diremos na Parte III. Eis, no detalhe, uma situação ponderável para a qual teorias como a de ALEXY não dedicaram suficiente reflexão (vide, *supra*, a nota n. 82).

III. Dir-se-á que, em todos esses casos, o conteúdo das decisões infletoras admite explicação de feitiço diverso. Poder-se-ia, *e.g.*, fundamentar todas as inflexões identificadas na Justiça do Trabalho brasileira com o próprio *princípio da proteção* (de direito material)⁸⁶, confessando o viés ideológico do processo do trabalho e a propensão do Judiciário trabalhista em favorecer a classe trabalhadora em todas as circunstâncias possíveis. Em o fazendo, porém, abdica-se da mais remota possibilidade de se construir um *modelo racional de decisão* que aspire à universalidade (i.e., à aplicabilidade em todas as searas do processo jurisdicional). Abdica-se, outrossim, da própria ideia de uma **teoria geral do processo**⁸⁷: o processo laboral, por ser um processo de classe, não compartilharia dos valores liberais da processualística moderna e serviria, apenas, à (re)apropriação operária da mais-valia usurpada pela empresa capitalista. Ficaria ao largo, pois, a *função de segurança* do processo/procedimento (*supra*, tópico 1.1); restaria indagar, afinal, *porque* manter, em matéria juslaboral, um conceito de processo e uma lei de procedimento.

Evidentemente, não é essa a nossa alternativa hermenêutica. Nem poderia ser. Se a seguíssemos, renunciaríamos à chance de confirmar esta ou *qualquer* outra tese; a não ser, talvez, a de que certas decisões judiciais — e certas classes de magistrados — repelem violentamente a cláusula constitucional do devido processo formal, multiplicando inconstitucionalidades e nulidades a pretexto de fazer justiça. Ou, quiçá, dar-se-ia a tese de que as garantias liberais do processo não sobreviverão à pós-modernidade; mas então seria,

⁸⁵ Cf. Rolf Stürmer, “*Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*”, in *Festschrift für Fritz Bauer*, Wolfgang Grunsky, Rolf Stürmer, Gerhard Walter, Manfred Wolf (Hrsg.), Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, pp.647-666 (especialmente p.649).

⁸⁶ Sobre o conteúdo do *princípio da proteção*, veja-se, em Portugal, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*, Coimbra, Almedina, 2005, pp.489 e ss. A autora não discute, porém, quaisquer possíveis repercussões do princípio na órbita processual.

⁸⁷ De que somos entusiastas, como se perceberá em diversas passagens.

antes, uma tese de *teoria política*, bem além de nossas capacidades, de nossas pretensões — ainda fiéis à Ciência do Direito — e do nosso próprio tempo de vida.

Não o faremos. Queremos, ao revés, construir o *caminho do reencontro heurístico*, expandindo as possibilidades do sistema jurídico e conferindo sistematicidade àquilo que, hoje, parecer-lhe-ia rebelde.

IV. As inflexões, tal como apontadas e ilustradas, não se circunscrevem à atividade jurisdicional. Frequentemente, vêm a lume pela pena do legislador. É o que se encontra, p. ex., no artigo 765 da CLT, que atribui ao juiz laboral “*ampla liberdade na direção do processo*” (sendo usual, por isso, que os juízes iniciem ou complementem de ofício as atividades instrutórias intraprocessuais, sem quaisquer limites derivados do princípio dispositivo — que, a rigor, seria um dos corolários do processo civil de feitio liberal); ou em seu artigo 852-D, pelo qual, no procedimento sumaríssimo trabalhista, o juiz dirige o processo com liberdade bastante para limitar ou excluir provas que considere excessivas, impertinentes ou protelatórias (o que implica o poder de coarctar discricionariamente as pretensões instrutórias das partes, ainda quando dirigidas ao órgão revisor), podendo dar “especial valor” às regras de experiência comum ou técnica. O artigo 899, §1º, da CLT, por sua vez, condiciona a interposição de recurso ao depósito prévio do montante da condenação (até dez valores-de-referência), restringindo o direito de recorrer — e a garantia do duplo grau de jurisdição — com o intuito de pré-aparelhar a execução em favor da parte trabalhadora.

Outra inflexão — bem mais evidente — está no próprio artigo 461, §4º, do CPC, ao autorizar a imposição judicial “*ex officio*” de multas diárias tendentes ao cumprimento liminar de obrigações de fazer e não fazer (neutralizando, indistintamente, os efeitos do princípio dispositivo — artigo 262 do CPC — em matéria de antecipação dos efeitos de tutelas condenatórias em obrigações de “*facere*” e “*non facere*”). A regra de repartição do ônus da prova foi flexibilizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em favor dos consumidores, quando verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte autora, sempre a critério do juiz e “*segundo as regras ordinárias de experiência*” (artigo 6º, VIII,

CDC). Mais recentemente, por força da Lei n. 11.277, de 07.02.2006, introduziu-se a figura do “julgamento superantecipado da lide”⁸⁸ (artigo 285-A do CPC), pelo qual, sendo unicamente de direito a matéria controvertida e uma vez já proferidas sentenças de total improcedência em outros casos idênticos, pode-se proferir, de imediato, a sentença do caso corrente, independentemente da citação do réu, reproduzindo-se o teor daquelas anteriormente prolatadas. Flexibiliza-se, desta feita, a ideia de processo como “*acto trium personarum*”, com possível prejuízo ao contraditório (formalmente considerado⁸⁹).

Noutros sistemas jurídicos, as inflexões podem exsurgir ainda mais visíveis. Em Portugal, importa citar, desde logo, o princípio de ultrapetição que informa o processo laboral (artigo 74º do CPT; vide, *supra*, nota n. 26) e excepciona o princípio da correlação entre a demanda e a sentença; se favorece apenas o postulante trabalhador, por que não malferir o princípio da igualdade perante a Justiça (vide, *supra*, nota n. 33)? Já de volta à América do Sul, na vizinhança hispânica, merece breve menção o artigo 137 do Código de Processo do Trabalho paraguaio, pelo qual “*regerá o princípio de inversão da prova, em todos os casos em que se demande o cumprimento de obrigações impostas pela lei*”⁹⁰ (trabalhista). Outra vez, põe-se a questão da constitucionalidade de uma “regra” de inversão do ônus da prova (para além da mera “possibilidade” antevista pelo CDC) que apareça circunscrita a uma única classe de cidadãos (“*in casu*”, aos usuários do processo laboral).

Essas inflexões legislativas desafiam, igualmente, a reflexão do jurista. Quando — e por que — se manifestam? Em que medida estão dentro da *margem de ação estrutural* do legislador (margem para *eleição de meios*), ou mesmo dentro da sua *margem de ação epistêmica* (à mercê da sua incapacidade em reconhecer os limites da Constituição)?

⁸⁸ A expressão, de nossa lavra, consta do artigo “*O ‘novíssimo’ processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão*”, in *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007, v. 33, n. 125, pp.46-87.

⁸⁹ O que justificou, inclusive, o ajuizamento da ADI n. 3.965/2006 pela Ordem dos Advogados do Brasil (seção São Paulo), arguindo a inconstitucionalidade do artigo 285-A do CPC ante a violação dos seguintes princípios constitucionais de processo: (a) acesso ao Judiciário (artigo 5º, XXXV, CRFB); (b) simetria de tratamento processual (já que o instituto favorece, em tese, apenas os réus e, mais raramente, os reconvidos); (c) ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LV, CRFB); (d) devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB). Ulteriormente, o Instituto Nacional de Direito Processual (INDC) secundou a ação, na condição de “*amicus curiae*”. Ainda não há decisão definitiva.

⁹⁰ No original: “*Regirá el principio de inversión de la prueba, en todos los casos que se demande el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley*”.

Quando, ao revés, extrapolam essas margens — entre as quais está o “espaço de discricionariedade” legislativa — e violam a cláusula do devido processo formal⁹¹? Como devem se processar, nessa seara, os juízos de ponderação pré-legislativos?

Tão importante quanto a concepção de um modelo heurístico que permita controlar racionalmente as decisões judiciais infletoras é a instrumentalização desse mesmo modelo para coadjuvar, na esfera processual, a atividade legiferante de concretização e densificação dos valores e princípios constitucionais.

V. À vista de tudo quanto dito até aqui, termina-se por descreditar uma série de afirmações doutrinárias que, sobre não serem propriamente “dogmáticas”, vem ocupando o discurso e a convicção dos processualistas nos últimos dois séculos. Sintetizamo-las em seis sentenças peremptórias:

- A garantia do devido processo legal (formal) é absoluta;
- O juiz só logra dar concretude à garantia do devido processo legal quando observa estritamente as normas processuais e de procedimento, pois do contrário surpreende a(s) parte(s) e “cria” ritos teratológicos;
- As interferências do direito material no direito processual não têm o condão de inflexioná-lo à margem da lei, conquanto amiúde o condicione “*de lege ferenda*”⁹² (processo de diferenciação legislativa⁹³);
- O modelo constitucional de devido processo legal-formal vincula-se ao paradigma do *juiz liberal*, implicando necessariamente todos os seus corolários históricos

⁹¹ Quanto às *margens de ação* do legislador (estrutural, epistémica) e o seu “espaço de discricionariedade”, cf. Robert Alexy, *Epílogo...*, pp.22-44 (a partir da ideia de “ordem-marco fundamental”).

⁹² No Brasil, veja-se, a respeito, José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp.49-58 (em abordagem que aparentemente privilegia a “flexibilização do sistema processual” pela via *legislativa*).

⁹³ A *diferenciação legislativa* está na base dos *ritos especiais*: tanto os que povoam o código de processo comum (no caso brasileiro, aqueles regulados no livro IV do CPC, entre os artigos 890 e 1210) quanto os que estão fora dele (como, *e.g.*, o processo trabalhista — CLT e Lei n. 5.584/70 —, o processo de executivos fiscais — Lei n. 6.830/80 —, o processo de desapropriação — Decreto-lei n. 3.365/1941 —, etc.).

(como os princípios da inércia jurisdicional e da correlação entre a demanda e a sentença, a taxatividade formal dos meios de execução, o duplo grau de jurisdição, o contraditório amplo e atual, etc.);

— O modo de atuação do juiz é basicamente racional e lógico-cartesiano;

— A flexibilização das formas (i.e., das normas de processo e de procedimento) é o atalho para o arbítrio⁹⁴.

VI. Se, porém, é falsa (ou, ao menos, relativamente falsa) essa cadeia de ilações, como rearticulá-la metodicamente, carreando cientificidade aos vezos de irracionalidade da atividade processual contemporânea (próprios, aliás, da chamada *pós-modernidade*⁹⁵)? Se a garantia do devido processo reclama, das comunidades jurídicas, uma nova *atitude compreensiva*, qual haverá de ser?

A esta altura, só resta especular.

1.3. OS (POSSÍVEIS) EQUACIONAMENTOS: PERSEGUINDO MODELOS JUSCIENTÍFICOS PARA UMA JUSTIÇA INTUITIVA

I. A praxe forense do nosso tempo desautoriza, de chofre, toda a cadeia de afirmações que encerrou o tópico precedente. Isto já demonstramos.

Vejamos agora como *justificar* o quanto demonstrado, ao menos, provisoriamente, no cadinho da argumentação jurídica.

⁹⁴ Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, p.647.

⁹⁵ Sobre pós-modernidade, cf., *infra*, §§ 11º e 23º.

II. Em primeiro lugar, a afirmação do caráter absoluto do “*procedural due process*” é falaciosa, seja à luz do jusconstitucionalismo contemporâneo, seja à luz dos temperamentos que o princípio da instrumentalidade tem agregado ao conceito de processo.

É que, na perspectiva jusfundamental, tem-se por adquirido que as normas de organização e processo devem ser, em primeiro lugar, um meio — quiçá o único existente — de realização e de garantia dos direitos humanos fundamentais (HESSE⁹⁶, ALEXY⁹⁷, STARCK⁹⁸). Não por outra razão, o Tribunal Constitucional alemão assertou, ainda na década de oitenta, que “*o direito processual serve para a produção de decisões conforme à lei e, neste ponto de vista, corretas; porém, além disso, e no marco desta correção, justas*”⁹⁹; logo, “*o aspecto procedimental e o material têm de estar reunidos em um modelo dual que garanta o primado do aspecto material*”¹⁰⁰. Ademais, se a norma que assegura o devido processo legal-formal tem *caráter de princípio*¹⁰¹, se sujeita igualmente à respectiva lógica, como **mandado de otimização**, cuja medida de cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas concorrentes em cada situação concreta¹⁰².

O princípio da instrumentalidade, por sua vez, condiciona a norma adjetiva, “*in concreto*”, à realização da pretensão resistida de um direito ou interesse material juridicamente protegido; e, “*in abstracto*”, à própria efetividade do ordenamento

⁹⁶ Konrad Hesse, “*Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*”, in *EuGRZ*, Kehl am Rhein, N.P. Engel, 1978, pp.434-435.

⁹⁷ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.428 e ss.

⁹⁸ Christian Starck, “*Die Grundrechte des Grundgesetzes*”, in *JuS*, München, C.H. Beck, 1981, pp.242 e ss.

⁹⁹ *BVerfGE* 42, 64 [73]. Veja-se, ainda, *BVerfGE* 46, 325 (333); *BVerfGE* 49, 220 (226); *BVerfGE* 52, 131 (153).

¹⁰⁰ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.446. No original: “*Der prozedurale und der materiale Aspekt sind also, was den Zusammenhang von Grundrechten und rechtsförmigen Verfahren anbelangt, in einem dualen Modell zu vereinigen, das den Primat des materiales Aspekts wahr*”.

¹⁰¹ Robert Alexy, *Epílogo...*, p.13 (para direitos fundamentais de similar abertura). Na “*Theorie der Grundrechte*”, o autor esclarece que às *disposições jusfundamentais* (i.e., ao texto) podem se adscrever tanto normas-regras quanto normas-princípios; por isso, reconhece-se às *disposições de direito fundamental* — que não se confundem com as suas respectivas *normas* — um **caráter dúplice** (pp.122-125). Já as normas de direito fundamental tanto podem ser regras como — mais comumente (para nós) — podem ser princípios; é certamente o caso daquela que estatui o direito-garantia do “*due process of law*”. Deve-se provavelmente a isso, a esse caráter tendencialmente principiológico, a inferência que se lê no “*Epílogo*”. V., *infra*, a nota n. 143.

¹⁰² Robert Alexy, *Theorie...*, pp.75-76.

jurídico¹⁰³. Ora, se o devido processo legal-formal obstaculiza, nalgum contexto, a declaração, constituição ou satisfação de determinado direito ou interesse protegido, tomá-lo por *absoluto* significaria, no limite, negar às normas adjetivas sua função de instrumentalidade concreta; e, para mais, negar ao direito adjetivo sua função de instrumentalidade abstrata, em permitindo o uso indiscriminado do processo como forma de neutralizar a legítima pretensão alheia (protelação procedimental, ganhos estratégicos sobre os “erros” do “*ex adverso*”, recorribilidade abusiva, etc.).

Afirmar, dessarte, a natureza absoluta do devido processo legal-formal é uma desconformidade teórica e empírica. Teórica, porque o estado da teoria — tanto no campo constitucional como no estrito âmbito processualístico — já não o admite. Empírica, porque — viu-se à saciedade, *supra* (tópico 1.1) — assim já não se procede.

III. Na mesma linha, não se pode afirmar que a garantia do devido processo legal só esteja atendida quando há estrita observância às normas legais adjetivas. Quando conduzir a um quadro de **injustiça sistêmica** (*infra*, tópico 5.1), essa vinculação estrita estará, bem ao contrário, *crestando o devido processo*, na medida em que comprometer as suas funções gerais de instrumentalidade concreta e abstrata (que consubstanciam, por assim dizer, a sua **função geral de justiça**¹⁰⁴) e prejudicar, em conjecturas mais periclitantes, a sua própria função específica de realização e garantia dos direitos humanos fundamentais. Eis porque, aliás, a doutrina contemporânea já entrevê, entre as garantias ínsitas à cláusula do devido processo legal, o direito à tutela judicial **efetiva** (*infra*, tópico 26.1). Haverá, pois, hipóteses em que a realização do devido processo — no través da instrumentalidade e da efetividade — *dependerá* da flexibilização do rito legal. É no plano da *efetividade* onde se encontram, afinal, as dimensões *formal* e *substantiva* do devido processo (*infra*, capítulo 4).

Restaria, porém, a objeção final da afirmativa em testilha: as “intervenções intuitivas”, no quanto inovam a legislação, surpreendem as partes e prejudicam a

¹⁰³ Sobre a distinção entre *instrumentalidade concreta* e *instrumentalidade abstrata*, cf., e.g., Teixeira de Sousa, “O objecto da sentença e o caso julgado material: O estudo sobre a funcionalidade processual”, in *BMJ*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1983, n. 325, pp.49-57 (especialmente pp.51-52).

¹⁰⁴ Donde a ilação de LEBRE DE FREITAS: o processo tem por objetivo a **justa composição do litígio**; não lhe basta, portanto, a “mera” composição. Cf. Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.28-38.

estabilidade das relações processuais, retirando dos cidadãos a previsibilidade mínima que o processo legal-formal deve lhes proporcionar (*valor-segurança*). Essa será, sempre, uma objeção *verdadeira*, eloquente o bastante para precipitar, sobretudo em sede recursal (i.e., perante magistrados mais antigos, de perfil em geral conservador), a anulação das decisões “inpletoras”¹⁰⁵. A não ser que se construa, com base na teoria da argumentação, um modelo juracional que permita, em medida sensível, *controlar* tais inflexões.

IV. Por outro lado, a existência mesma dessas inflexões, cada vez mais recorrentes nalguns nichos e culturas, torna inverossímil a afirmação de que as interferências do direito material no direito adjetivo limitam-se à sua conformação legislativa — o que no limite configuraria, segundo a terminologia de ALEXY, meros “direitos ao estabelecimento de determinadas normas adjetivas” (“*Rechte auf die Statuierung bestimmter Verfahrensnormen*”¹⁰⁶). As práticas inpletoras, aliadas à sua relativa *confirmação* pelas cortes superiores (como tem ocorrido, *e.g.*, com a admissão de provas ilícitas¹⁰⁷), sugerem que o “primado do direito material” pode preordenar uma plasticidade incomum às normas adjetivas, nomeadamente quando estiverem em jogo direitos fundamentais do autor, do réu e/ou de terceiros.

Consequentemente, há que reconhecer, para além daqueles direitos de conformação legislativa, uma gama insuspeita de “direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta das normas adjetivas” (“*Rechte auf eine bestimmte “Auslegung und konkrete Anwendung” von Verfahrensnormen*”¹⁰⁸) — direitos esses que implicam, na prática, inflexões legítimas do devido processo legal-formal.

V. O modelo do juiz liberal será discutido e criticado alhures (tópico 5.2 e §21º). A esta altura, basta dizer que a própria legislação processual do século XX — e, é claro, aquela do limiar do século XXI — coloca em xeque o paradigma do processo liberal. Tanto

¹⁰⁵ É o que se verificou, *p. ex.*, no Brasil, quanto à construção hermenêutica de uma “competência penal implícita” para a Justiça do Trabalho (por violação das cláusulas do juiz natural e do devido processo); ou, bem antes, na Alemanha, quanto ao exercício de “poderes assistenciais” pelo magistrado (por quebra da imparcialidade judicial — e, por consequência, do devido processo legal e suas garantias).

¹⁰⁶ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.430-431.

¹⁰⁷ Cf., *supra*, notas n. 52 e 53 (para o caso brasileiro).

¹⁰⁸ Robert Alexy, *Theorie...*, p.432.

é que o mais paradigmático de todos os seus princípios — a saber, o *princípio dispositivo* — já cedia, em plagas brasileiras, na primeira metade do século XX, com o advento do artigo 878, *caput*, da CLT (iniciativa “*ex officio*” do tribunal para o processo de execução); e, mais recentemente, com o desaparecimento do “processo de execução por quantia certa” no universo do processo civil (*ut* Lei n. 11.232, de 22.12.2005, que aduziu, ao processo de conhecimento, a novel “fase de cumprimento da sentença” — artigos 475-I a 475-Q, todos do CPC). Não é diversa a condição portuguesa, conforme a bem lançada notícia de LEBRE DE FREITAS (que espelha, nesse particular, toda a condição ocidental):

“Nesta concepção liberal do processo civil, dominante durante o século passado, o juiz era reduzido ao papel de árbitro num jogo que, com determinadas regras, se desenrolava entre as partes e o princípio dispositivo exprimia a possibilidade que estas tinham de dispor do processo em termos equivalentes àqueles em que lhes era lícito dispor da relação jurídica material. [...] Essa concepção está hoje ultrapassada por uma outra que passa pela atribuição de mais poderes ao julgador e pela exigência da cooperação entre o tribunal e as partes, como meios preferenciais para alcançar a verdade e, com base nela, realizar o direito”¹⁰⁹.

Da mesma forma, relativizam-se princípios outros, radicados no modelo liberal, como o da correlação entre demanda e sentença (*e.g.*, artigo 74º do CPT), o da taxatividade legal-formal dos meios de execução (*e.g.*, o BACENJUD brasileiro¹¹⁰) e o próprio princípio do contraditório (admitido, episodicamente, em modo *restrito*, *eventual* e/ou *diferido*¹¹¹).

¹⁰⁹ *Introdução...*, pp.121-122. Mas arremata: “O princípio dispositivo continua, porém, a constituir um dos princípios basileares do direito processual civil” (p.122).

¹¹⁰ O artigo 665-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.382/2006, dispôs em seu *caput* que, “[p]ara possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, **requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução**” (g.n.). Positivou-se, com o preceito, a chamada penhora “on line”, que todavia já era praticada pela Justiça do Trabalho há alguns anos antes da lei, não sem a resistência dos que supunham tratar-se de mecanismo “atípico” de execução (e, portanto, ilegal).

¹¹¹ Na legislação brasileira, há *contraditório diferido* nas hipóteses de tutela sumária (*e.g.*, artigo 273 do CPC); e há *contraditório eventual* em procedimentos de natureza predominantemente satisfativa, como nas execuções por título extrajudicial ou nas ações monitórias (cf., por todos, Ovídio A. Baptista da Silva, *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp.112-113; pp.128-129). Já o *contraditório restrito* pode ser encontrado nos procedimentos especiais que só admitem certas matérias de defesa (assim, *e.g.*, até 2004, no pedido de busca e apreensão judicial de bens alienados fiduciariamente, ao qual só se podia contrapor a purgação da mora ou a alegação de cumprimento das obrigações contratuais — artigo 3º, §2º, do Decreto-lei n. 911/69, revogado pela Lei n. 10.931/2004) — ou,

Recrudescem tendências inquisitoriais nos processos não penais, ao mesmo tempo em que se revalorizam os juízos unitários e irrecorríveis. Põe-se em questão, nalguns ensejos, a própria tripartição republicana de poderes.

Mas essa ordem de constatações, se permite rechaçar uma percepção ainda muito corrente nos meios forenses e acadêmicos, também predispõe um novo hiato e reclama um segundo equacionamento: se o modelo constitucional do devido processo não se subordina (mais) ao paradigma do processo liberal, *a que se subordina?* De onde vertem os valores e as intuições que hão de informá-lo e — para além das normas-regras — concretizá-lo?

VI. Tampouco se pode afirmar, hoje em dia, que o modo de atuação judicial, notadamente nas atividades decisórias, seja necessariamente o lógico-cartesiano. A se considerar a estrutura de pensamento que em geral subjaz àquelas “intervenções intuitivas”, sequer se poderia dizê-la, sempre, *racional*. Afinal, em se elegendo resultados concretos para depois lhes buscar a “*ratio decidendi*”, subverte-se a lógica formal cartesiana (*pressima maior* **v** *premissa menor* → *conclusão*¹¹²) e arrisca-se a deflagrar uma

ainda hoje, nos processos judiciais de desapropriação — artigo 20 do Decreto-lei n. 3.365/1941). Tornaremos a esse tema adiante (*infra*, tópico 26.3). No que concerne especificamente ao processo de busca e apreensão de coisa alienada fiduciariamente, cf., de nossa lavra, *Tratado de alienação fiduciária em garantia: Das bases romanas à Lei n. 9.514/97*, São Paulo, LTr, 1999, *passim* (especialmente tópico 6.1).

¹¹² Parte-se, a rigor, da própria **premissa menor** (e.g., “A é assassino”), determinada por um ato de vontade não racionalizado (“intuitivo”?), para depois associá-la à premissa maior (e.g., “o assassino deve ser punido com a pena X”) e desfechar-se a conclusão (no caso, “A deve ser punido com a pena X”). Note-se que, nessa perspectiva, o *centro de gravidade* de toda fundamentação reside na premissa menor (Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001, p.85), justamente aquela definida “intuitivamente”. Observe-se, outrossim, que — no exemplo dado (retirado de ENGISCH) — a *premissa menor* pressupõe outro silogismo, para efeito de subsunção, no qual a premissa maior é o tipo penal abstrato e a premissa menor é a conduta fática de “A”, culminando com a conclusão “A é assassino”. Pois bem: também aí, tende-se a **subverter** o modelo lógico-formal cartesiano; mas, agora, por aferição intuitiva da própria *conclusão*: parte-se dela (“A é assassino”) para depois combinar, em termos justificantes, os fatos (premissa menor) e a norma “*in abstracto*” (premissa maior). Assim se explica, a nosso sentir, a jurisprudência consolidada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e acenada nos tribunais superiores), que imputa a condição de *homicida doloso* (por *dolo eventual* — artigo 18, I, 2ª parte, do CP), *independentemente* da aferição concreta do elemento psicológico (parte-se, a rigor, de uma “presunção”), a tantos quantos, sobreviventes, tenham participado de uma competição automobilística não autorizada (os populares “rachas”) que resulte em morte de expectadores, competidores ou transeuntes. Veja-se, e.g., ac. STF, HC 71.800-1, 1ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, in DJU 03.05.96; Ac. STJ, HC 3.479-1-SP, 5ª T., rel. Min. JESUS COSTA LIMA, in DJU 05.06.95. Para a nossa crítica (no plano do Direito Penal), cf., de nossa lavra, *Teoria da imputação objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, São Paulo, LTr, 2005, pp.140-141 e notas ns. 318 e 319.

justiça de casuísmos, ditada por pulsões emocionais e/ou ideológicas, que não consegue se repetir em padrões racionais (mesmo sob circunstâncias objetivamente uniformes).

Nesse diapasão, já observara ISAY¹¹³, em 1929, que o jurista — e em especial o juiz — fundamenta exteriormente a sua decisão concreta a partir da *lei* (satisfazendo, assim, o princípio da legalidade e o fetiche positivista); frequentemente, porém, **descobre** a sua decisão por vias outras: intuitivamente, pelo sentido jurídico primordial, pela razão prática ou mesmo pela *sã razão humana*¹¹⁴ (dir-se-ia a “boa razão”?). Amiúde, a decisão é, em si mesma, “irracional”, no sentido de que não se formou por métodos jurídicos racionais; a fundamentação na norma abstrata — que tanto pode ser a norma substantiva quanto a norma adjetiva — passa a ter importância secundária, ancorada nas suas funções de controle e legitimação. Mais recentemente (1956), também ESSER¹¹⁵ encaminhou-se em direção análoga, reconhecendo, na **pré-compreensão** que o juiz tem do caso (e raramente não a terá), uma espécie de “juízo constitutivo de pré-decisão”. Para ESSER,

“a prática não arranca dos “métodos” doutrinários da descoberta [*Rechtsfindung*] do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com o seu entendimento do Direito e dos fatos”¹¹⁶.

¹¹³ Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, Franz Vahlen, 1929, pp.60 e ss. Sobre as dificuldades em se divisar com nitidez as relações e distinções entre a norma e a decisão, v. Isay, *op.cit.*, p.32 e ss.

¹¹⁴ Anos depois, J. ESSER recorreria a noções bem semelhantes a essas, como as de “valorações pré-sistemáticas” (ou seria melhor dizer “extrassistemáticas”), “preferências intersubjetivamente reconhecidas”, “consensos valorativos”, “quadros reguladores pré-jurídicos” ou “atitudes extrajurídicas de expectativa e convicção” (cf. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, pp.162 e ss.

¹¹⁵ Josef Esser, *Grundsatz...*, pp.19-20 e 256; e, do mesmo autor, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1970, pp.132-133 e 175-176.

¹¹⁶ J. Esser, *Grundsatz...*, p.07. *Pré-compreensão*, ou *pré-entendimento*, são traduções correntes do alemão “*Vorverständnis*”. Acompanhando CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982, pp.11-12), preferiremos “pré-compreensão”.

ENGISCH¹¹⁷ reagiu a tudo isso, que chamou de “puro psicologismo”, anotando que a ideia das formulações judiciais intuitivas desconhece os problemas específicos da lógica normativa e confunde, inadvertidamente, a “*quaestio facti*” das condicionantes psicológicas e sociológicas da decisão com a “*quaestio iuris*” dos pressupostos formais e materiais do exercício da jurisdição (que não seria um problema psicológico-sociológico, mas um problema lógico-gnoseológico puro). Para a Ciência do Direito, interessaria apenas essa última, porque

“Qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei”¹¹⁸.

No mesmo diapasão, o próprio LARENZ ensaiou uma crítica à posição de ESSER e que tais, aduzindo que

“ESSER não foi o primeiro a notar que toda a interpretação requer intervenção espiritual activa e que o seu resultado, o texto entendido em determinado sentido, corporiza algo de novo face ao ponto de partida, o texto “tal como se encontra na lei”. Deve-se perguntar, porém, se ESSER não subvalora em excesso o significado do texto e com ele a participação do legislador na *law in action*, ao sublimar repetidamente que o que é na realidade Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (ou seja, na terminologia de ESSER: a actividade decisória dos tribunais). A questão está em saber como é que esta se prende com o texto legal. Indaga-o no sentido de achar a solução do caso em conformidade com o estatuído pelo Direito, ou utiliza-o com o fito de **guarnecer com uma fundamentação “satisfatória” uma solução já encontrada por outros meios?** No seu escrito *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, que influenciou grandemente a discussão, crê ESSER poder asseverar que, em regra, a actividade jurisprudencial procede de acordo com o segundo modo, e considera, de modo

¹¹⁷ Karl Engisch, *Introdução...*, pp.84-85 e 106-110 (nota n. 5). Ver também, do mesmo autor, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2. Aufl., Heidelberg, C. Winter, 1953, pp. 188-190.

¹¹⁸ *Introdução...*, p.85.

aberto e claro, tal procedimento como **legítimo**. [...] ESSER distingue entre o *achamento* da decisão, com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada do caso concreto e a *fundamentação* da decisão, realizada as mais das vezes ulteriormente, que serve à demonstração da compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado, e onde o juiz utiliza o “método” que aqui se demonstrar adequado a esse fim. [...] Mas **ESSER não chega a indicar uma via de comprovação da correção de decisões achadas, nestes termos, independentemente da lei;** insiste-se no juízo de valor pessoal do juiz decisor”¹¹⁹.

Nessa polêmica, havemos de nos posicionar, desde logo, ao lado de ISAY e ESSER (entre outros¹²⁰). Ainda que pedagogicamente se possa distinguir entre o “*momentum*” lógico-gnoseológico do juízo jurídico-formal e o “*momentum*” psicológico-antropológico da pré-compreensão, é certo que, fenomenicamente, esses momentos ora serão simultâneos, ora discreparão no tempo, mas com preeminência axiológico-cronológica do segundo. Em via de regra, é a *descoberta* da solução para o caso concreto que funciona como pressuposto para a *fundamentação* do julgado, antecipando-o no mundo-do-ser; raramente se dá o contrário. Por isso, enganam-se os que pensam que a *fundamentação da sentença* (exigida, p.ex., pelo artigo 93, IX, da CRFB) é o quanto basta para torná-la justa. Nem sempre a fundamentação sentencial veicula integralmente a ideia de justiça que motivou o julgador. Ademais, os conteúdos de justiça das decisões judiciais tanto dependem de sua “*valoração equitativa*”, no sentido da ancoragem normativa a respaldá-las, quanto de sua “*valoração material*”, que se liga aos valores, às ideologias e aos objetivos que predeterminam o sentido de julgar¹²¹.

¹¹⁹ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, pp.194-196 (g.n.). Para LARENZ, é na inexistência de um modelo racional de controle das tais “decisões intuitivas” que reside, precisamente, as debilidades da concepção de ESSER (*idem*, p.196, nota n. 88). Eis, entre outras, a inspiração doutrinal que nos conduziu ao presente estudo.

¹²⁰ Também J. Frank (citado por ESSER) e Gustav Radbruch, Konrad Zweigert, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9. Aufl., Stuttgart, Koehler, 1952, pp.160 e ss..

¹²¹ Recorremos, aqui, à distinção que FIKENTSCHER implementou entre “*justiça equitativa*” e “*justiça material*”; binômio que, no âmbito do processo, pode ser reconduzido à contraposição semântica entre o *valor-segurança* (= *igualdade*) e o *valor-justiça* (= *liberdade*). Cf., para a primeira referência, Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, v. 4, pp.190 e ss.; e, quanto ao mais, veja-se o tópico 1.1, *supra* (na remissão a ALEXIS DE TOCQUEVILLE, S. GUINCHARD e F. FERRAND).

Haverá, decerto, hipóteses em que o juiz simplesmente recorre ao esquema lógico-cartesiano de decisão e deriva da lei “*in abstracto*” a solução do caso concreto, sem outras valorações, prévias ou concomitantes; mas ousaríamos dizer serem hipóteses marginais, ante o pendor humano à geração quase espontânea de pré-compreensões. Outrossim, a probabilidade de formação de juízos marcados por uma *indiferença primordial subjetiva* (= ausência de pré-compreensão) decai na proporção da *gravidade e/ou do interesse individual e coletivo* que o caso suscitar. Por tudo isso, as decisões de fundo intuitivo ou pragmático — que açambarcam, nos limites deste estudo, as decisões infletoras de normas adjetivas — não podem ser meramente ignoradas, como tampouco podem ser reputadas teratológicas “*ab ovo*”. Afinal, parecem remitar à “regra”, não à exceção. Donde se poder afirmar, sem titubeios, que a questão psicológico-sociológica interfere — e *muito* — no problema lógico-gnoseológico da descoberta do direito aplicável (“*Rechtsfindung*”)¹²².

VII. Alfim, quanto à pseudo-relação entre a flexibilização pontual das normas adjetivas e o arbítrio judicial (lembrando o célebre apotegma de NAPOLEÃO I), é preciso convir que, nas democracias republicanas, o preço da liberdade é o risco do excesso. Isso também se aplica às judicaturas independentes, mormente onde se compõem corpos de magistrados-cidadãos conscientes e atuantes, que não se limitem a “dizer a vontade concreta da lei” (= “*mens legislatoris*”?), mas que procurem, antes, dizer a *justiça concreta do caso*, parametrizando-a constitucionalmente e (re)descobrindo-a na lei formal.

Os excessos, virtualmente inevitáveis, podem e devem ser debelados pelas funções de controle do sistema processual (como, *e.g.*, as tutelas sumárias, os sistemas recursais e a plêiade de ações de impugnação). O que se pode fazer a respeito, do ponto de vista da Ciência, é subministrar instrumentos que permitam discrepar, sob bases racionais, entre as inflexões legítimas e aquelas inconstitucionais, que malferem o núcleo essencial da garantia

¹²² O que, ao cabo das contas, acaba por admitir o próprio ENGISCH, ao registrar que “*não deve de modo algum afastar-se de antemão a possibilidade de que existam interconexões entre a quaestio facti e a quaestio juris, sobre as quais, porém, só a própria lógica (no sentido mais amplo, incluindo uma “lógica material”) pode decidir*” (Introdução..., p.110, nota n. 5 — *g.n.*); isso, após reconhecer, páginas antes, que “*não pode de resto negar-se a propensão para pseudo-fundamentações por amor de um resultado tido por satisfatório*” (p.107). Também LARENZ concede à realidade (sem, contudo, admitir expressamente as interconexões): “*Pode ser que muitos juízes procedam do modo delineado por ESSER*” (Metodologia..., p.195).

do devido processo; entre a construção sistemática e o arbítrio pragmático-ideológico; entre o livre convencimento racional e o puro voluntarismo pseudo-fundamentado. Poder-se-ia dizer entre o joio e o trigo — mas, ressalve-se, sem o viés maniqueísta¹²³.

VIII. A vereda do equacionamento definitivo passa pela identificação e pela “internalização” de todos aqueles elementos extrassistemáticos que tem coadjuvado ou porventura determinado a maior parte das inflexões recorrentes no processo pós-liberal. Convém que tais elementos sejam abertamente inseridos em um modelo ampliado de decisão.

É o que nos leva ao próximo tópico.

¹²³ O maniqueísmo do “certo/errado” é tributário dos modelos liberais de decisão, que pecam pelo normativismo. Ou, na soberba descrição de OVÍDIO BAPTISTA, “*estamos no âmago do sistema. Quando o olhamos desta perspectiva, torna-se claro o componente ideológico, redutor da jurisdição à função declaratória. O que se espera dos magistrados é que eles descubram, como quem resolve um problema algébrico, a “vontade da lei”, nada além da lei. A questão da justiça é um problema do legislador. Jamais se viu alguém utilizar os recursos, alegando a injustiça da sentença. Ao contrário, recorre-se porque o juiz “errara”. A doutrina do “certo” e do “errado” pressupõe também a pretensa neutralidade da lei, concebida pelo normativismo moderno como uma proposição lógica, sem qualquer conteúdo valorativo. [...] O anacronismo desta concepção, se não fosse trágico, seria ridículo. A posse dessa cândida ilusão demonstra que o sistema ficou congelado no tempo, supondo que a lei, como dizia Montesquieu, corresponda a uma “relação necessária derivada da natureza das coisas”. [...] Ninguém mais pode ter dúvida de que o mito da neutralidade da lei sucumbiu frente ao Estado burocrático e administrativo. Se a suposta neutralidade valorativa da lei servira a algum propósito, este fora o permitir-lhe reproduzir a colaboração política das forças dominantes. Em sua estrutura formal, cabe qualquer doutrina política, até as formas mais tirânicas dos regimes totalitários, de que o nazismo constituiu uma aterradora advertência. [...] Como o direito tornou-se uma entidade apenas lógica, portanto abstrata e desligada da realidade social que lhe cabe regular, um sistema processual concebido para o tranqüilo e otimista século XIX haverá de servir como uma luva para o pessimista, agitado e confuso século XXI, tal como lhe servirão as equações algébricas, sempre válidas qualquer que seja o tempo e a latitude em que se as apliquem*” (Processo e ideologia, p.245). Eis a mecânica liberal, que não causa angústias porque tem respostas prontas e exatas. Ora, pretender construir um metadiscurso de “certo/errado”, agora focado na distinção entre inflexões “boas” e “más”, seria reproduzir, um nível acima, a mesma mecânica. Não é o que nos move. Move-nos, sim, o propósito de subministrar parâmetros objetivos que internalizem os fatores extrassistemáticos constitutivos do pendor decisório irracional, de modo a estabelecer, por essa via, margens mínimas de segurança para as decisões que inflexionam a norma adjetiva legal-formal, resguardando o núcleo essencial do devido processo. Serão, contudo, *margens* (i.e., *bandas*); jamais *fronteiras lineares*. Sempre haverá espaço para a retórica e a argumentação.

§ 2º. AS TESES: ENCAMINHAMENTOS E CONSECTÁRIOS

I. A Ciência do Direito é, a bem dizer, uma **ciência da compreensão**. Significa que, para além do entendimento das expressões linguísticas (que povoam as leis, as decisões judiciais, os atos administrativos e os contratos), é mister perquirir-lhes o *sentido normativo*¹²⁴. Isso pressupõe a mediação do intérprete/aplicador¹²⁵, cuja percepção — sensorial (para a linguagem e para os fatos) e cultural (para os valores) — faz a ponte entre a norma e a decisão¹²⁶.

Consequentemente, à diferença das “ciências explicativas” (como são a Física e a Biologia), a condição fundamental da Jurisprudência (“*Jurisprudenz*” — entenda-se, neste contexto, como Ciência do Direito) é a de que *não comporta*, a rigor, *a poralidade sujeito-objeto* (própria das chamadas “ciências naturais” — e sequer aí absoluta¹²⁷). O intérprete/aplicador, ao “compreender”, instaura ou restaura vínculos valorativos e psíquicos com o próprio objeto compreendido (binômio fato-norma); nalguma medida, confunde-se com ele, ou passa a pertencer-lhe¹²⁸.

¹²⁴ Karl Larenz, *Metodologia...*, p.282.

¹²⁵ Acompanhamos, nesse particular, a nomenclatura bivalente eleita por MENEZES CORDEIRO (“*Introdução à edição portuguesa*”, in *Pensamento...*, *passim*) e outros tantos autores, diante da incindibilidade pragmática dessas operações intelectuais.

¹²⁶ LARENZ — *idem, ibidem* — limita-se à “percepção sensorial” (dos fonemas ou dos signos escritos). Expandimos a ideia para albergar, outra vez, a teoria tridimensional do Direito (*supra*, nota n. 75).

¹²⁷ Daí a fenomenologia husserliana e suas variações. Cf. Edmund Husserl, *Investigações Lógicas: Sexta Investigação (Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento)*, trad. Zeljko Loparić, Andréa Maria Altino de Campos Loparić, in *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1975, v. XLI, p.187: “[o]s conteúdos sentidos (vividos) de cor, de forma, etc., que experimentamos em incessante mudança, ao intuirmos o quadro de Böcklin “Campos Elíseos”, e que, animados pelo caráter de ato da afiguração, articulam-se numa **consciência de objeto-quadro**, são os componentes genuínos dessa consciência. E aí eles não existem apenas fenomenal e intencionalmente (como conteúdos que aparecem e são meramente presumidos), mas existem efetivamente. Naturalmente, é preciso não esquecer que **existir efetivamente não significa existir fora da consciência, mas antes não ser apenas presumido**” (g.n.). Para HUSSERL, todo objeto — científico ou pré-científico — é necessariamente um *dado da consciência*. Mas o filósofo judeu-austríaco jamais negou às coisas uma existência material real (que todavia deve ser, na sua famosa expressão, “*posta entre parênteses*”); ao cabo das contas, o que a fenomenologia propõe é a análise da consciência *para* a clarificação das formas fundamentais da objetividade (porque são correlatos intencionais e inevitáveis da própria consciência). Na abordagem fenomenológica, o objeto deixa de ser algo simplesmente “externo”, fonte de indicações sobre o que realmente é (pela via dos sentidos humanos), e torna-se um complexo de aspectos perceptivos e funcionais que implicam um ao outro, configurando um “tipo” objetivo. Nesse sentido é que *sujeito* e *objeto* estão inexoravelmente amalgamados na plano epistemológico.

¹²⁸ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, trad. Ana Agud Aparicio, Rafael de Agapito, 8ª ed., Salamanca, Sígueme, 1998, v. 1, pp.329-330.

II. Ademais, mesmo como ciência compreensiva, a Ciência do Direito destaca-se das demais pelo seu peculiar *processo de compreensão* (ou, dir-se-ia, pelo seu *método*). No dizer de LARENZ,

“O processo do compreender tem o seu curso [...] não apenas em *uma* direcção, “linearmente”, como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas **em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro** (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências “exatas” e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance. Não só se manifesta a propósito da interpretação de textos, de acordo com a conexão de significado [...] e da *ratio legis* — que é pelo menos em parte indagada com a ajuda do texto —, mas também no processo de aplicação da norma a uma dada situação fáctica [...]. ENGISCH fala, neste contexto, de um “ir e vir de perspectiva” (entre o elemento de previsão da norma e a situação fáctica). E manifesta-se com especial nitidez, a propósito da concretização de pautas de valoração carecidas de preenchimento em relação a casos “típicos” e a grupos de casos. O pensamento “linear”, ao invés, afirma-se no “silogismo da determinação dos efeitos jurídicos” e na subsunção, sempre que esta seja suficiente”¹²⁹.

Na contemporaneidade, quando convivem o multiculturalismo, a ética capitalista e as teorias da relatividade (nas ciências culturais como nas físicas), a *subsunção formal* raramente será suficiente. Antes, o processo de compreensão tende a se aprofundar, invadindo níveis paulatinamente mais profundos, ao mesmo tempo em que se autorresgata e recupera informações/valorações anteriores para prosseguir a sua dinâmica. Por isso, preferimos dizê-lo **helicóide (ou espiralado)**; jamais — ou raramente — linear¹³⁰.

¹²⁹ *Metodologia...*, pp.287-288 (g.n.).

¹³⁰ Em sentido semelhante, referindo-se ao “círculo ou *espiral* do pensamento”, cf., em Portugal, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001 (2ª reimpressão), p.36 (g.n.). Já quanto à *linearidade*, poder-se-ia supô-la em contextos de *estrita legalidade*, como no Direito Tributário e, notadamente, no Direito Penal. Se se define o homicídio como o ato de “matar alguém” (artigo 121 do CP), ou o furto como a conduta de “subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem” (artigo 155 do CP), haveria que saber, tão só, se alguém ceifou a vida de outro alguém (pessoa humana), ou se lhe subtraiu coisa móvel com ânimo de apoderamento definitivo; o movimento espiralado do processo de compreensão, a implicar retomadas confirmadoras de sentido, seria despiciendo. Na prática, porém, não é mais assim; a rigor, jamais foi. As teorias contemporâneas de imputação demonstram que, entre o fato e o tipo penal, há a necessária mediação de valores (pense-se no célebre exemplo do bosque de Zähringen, formulado por CLAUS ROXIN: a despeito da indiscutível subsunção típico-formal da conduta, não se poderia reputar homicida aquele que convence o tio a passear em bosque conhecido pelas tempestades elétricas, com a intenção de matá-lo, e acaba se beneficiando com o acaso; i.e., o tio acaba mesmo fulminado por um raio). O

É certo, enfim, que a compreensão da Ciência do Direito é essencialmente **linguística**. Refunda-se, pois, o papel visceral da *argumentação jurídica* como chave para um equacionamento definitivo da questão das inflexões do devido processo formal. E exsurge, noutra ponta, aquela relação vital do intérprete/aplicador com o texto normativo¹³¹, que deve ser mediada por uma *nova ideia* de racionalidade, apta a excluir a dicotomia “verdadeiro-falso”/“certo-errado” (*supra*, nota n. 123) e substituí-la pelo *consenso do razoável*, legitimado discursivamente¹³².

III. Com esse derradeiro aporte, revelador da **centralidade** da argumentação jurídica — e, ver-se-á, *jusfundamental* — nos sucessivos esforços dialógicos que hão de

sujeito não exerceu, sobre os fatos, qualquer *dominabilidade* — e, para afirmá-lo, coube ao intérprete resgatar o conceito de dominabilidade e aplicá-lo ao caso concreto, reinterpretando a norma sob nova perspectiva. Eis aí, subreptício — justo onde se pensava existir linearidade —, aquele processo compreensivo de traço *helicóide*. O mesmo se aplica ao furto, na medida em que nem sempre será evidente a subsunção do objeto material ao conceito de “coisa”. Prova disso deu-nos o Supremo Tribunal do *Reich* alemão que, no final do século XIX, teve de decidir se *energia elétrica* era “coisa” para efeitos penais (e, portanto, se o desvio de energia elétrica configurava ou não o delito de furto). Terminou por entender que, a despeito do “descaramento” e da “improbidade” dos malfetores, a energia não “poderia” se subsumir à ideia de “coisa”; mas o “poder subsumir-se” (ou não) já havia encerrado, em si mesmo, uma série de *juízos éticos, técnicos e político-criminais* que o desqualificaria como mero processo de subsunção formal. Sobre a hipótese de Zähringen e a teoria da imputação objetiva no Direito Penal, veja-se Claus Roxin, *Derecho Penal – parte general*, tomo I (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.*), trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (2ª ed. alemã), Madrid, Civitas, 1997, pp.345-346; ainda G. G. Feliciano, *Teoria ...*, pp.112-122. Sobre a questão do furto de energia na Alemanha e a consequente necessidade de tipificação legislativa do crime de desvio de energia elétrica (em 1900), veja-se, na doutrina, Karl Engisch, *Introdução...*, pp.80-81; no campo legislativo, vejam-se o §248 do StGB e, no Brasil, o artigo 155, §3º, do CP. Em sentido contrário, ponderando que *noventa por cento* dos casos decididos em juízo sejam resolvidos por mera subsunção formal, cf., por todos, Ulrich Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen, Mohr, 1973, p.39. Veja-se, porém, que MEYER-CORDING teve em conta a realidade judiciária dos anos sessenta; se já àquela época a afirmação soava como meramente especulativa, tanto menos hoje em dia poder-se-á tomá-la por veraz.

¹³¹ H. Gadamer, *op.cit.*, pp.403 e ss.; Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.271.

¹³² V., e.g., Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp.286-287, e *Denkweise der Rechtswissenschaft: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung (Forschungen aus Staat und Recht)*, Wien/New York, Springer, 1979, *passim*. Essa legitimação, porém, pressupõe *garantias metodológicas* claras; daí que, na prática judicial como na dogmática, “[e]l juez obtiene información acerca del orden jurídico de la misma manera que el dogmático jurídico y — algo que es importante — la interpretación adoptada por el juez es, en principio, confiable en el mismo grado y en el mismo sentido que la expuesta por el científico”: na medida de sua *sistematização*, de sua *coerência*, de sua *controlabilidade*, de sua *intersubjetividade*, de sua *objetividade* e da consideração dos respectivos fatores de *incerteza*, *exatidão* e *pertinência* (*Lo racional...*, pp.49-50 — reportando-se às lições de ILKKA PATOLUOTO). Por isso, decisões judiciais “intuitivas” (*supra*, tópico 1.1), despregadas de um sentido discursivo coletivamente construído — assimilável, justificável e sobretudo controlável —, perdem legitimidade democrática. Daí, a propósito, a razão de ser do presente estudo. Veja-se, ademais, Ovídio Baptista (*Processo e ideologia*, p.271), que faz longa transcrição da obra de AARNIO, incorporando-a, nessa parte, à sua própria.

seguir, parece-nos suficiente, a esta altura, o cipoal de informações já amealhadas, à guisa de introdução, para o efeito de sinalizar, em primeiro esboço, as proposições das teses que se pretendem confirmar.

O objetivo final deste estudo está em construir — ou, ao menos, em *contribuir* para a construção (de) — um **modelo racional de decisão**, de tipo **permeável e inclusivo**, que permita explicar, *intrassistematicamente*, as inflexões mais sintomáticas do devido processo formal hodierno.

Assim resumido, o escopo colimado já administra, “*de per se*”, algumas pistas fundamentais para as nossas proposições primígenas (que, não obstante, sofrerão melhoramentos e reformulações no curso dos trabalhos, sem prejuízo de sua demonstração final). Completam-nas as informações e todas as tomadas de posição antecipadas, por necessário, neste introito. Dá-se-nos, por fim, o seguinte plexo de partida:

α. A cláusula do devido processo legal formal ou procedimental (“*procedural due process of law*”) é dotada de fundamentalidade ontológico-material¹³³ em todos os Estados Democráticos de Direito, ainda quando não a contemplem os textos literais das constituições modernas;

β. A cláusula do devido processo legal formal ou procedimental possui um núcleo essencial irreduzível¹³⁴, ligado ao exercício útil dos direitos constitucionais de ação e de defesa;

¹³³ Para a ideia de “fundamentalidade material”, cf., por todos, Robert Alexy, *Theorie...*, pp.473-475. Tornaremos ao tema (*infra*).

¹³⁴ A ideia de “núcleo essencial” irreduzível radica na teoria constitucional alemã, “*ex vi*” do artigo 19, 2, GG: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*” (“*Em nenhum caso a essência de um direito fundamental poderá ser transpassada*”). Veja-se, e.g., Robert Alexy, *Theorie...*, pp.267-272 (sobre a denominada “garantia de conteúdo essencial” e seu caráter absoluto ou relativo). O mesmo se dá no constitucionalismo espanhol, *ut* artigo 53, 1, da *Constitución*; confira-se, a propósito, Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp.230-237. Outras constituições — como é o caso da brasileira e da portuguesa — não possuem cláusula semelhante. Pensamos, todavia, que ainda assim todos os direitos humanos fundamentais **têm núcleos irreduzíveis**, sob pena de se descaracterizarem como tais. Há de ser, com efeito, essa *irreduzibilidade* a nota específica da fundamentalidade. Tornaremos ao tema (*infra*).

γ. Ressalvado o seu núcleo essencial irreduzível (“β”), a cláusula do devido processo legal formal ou procedimental subordina-se a restrições de tipo expreso e implícito, desafiando, em todo caso, juízos de ponderação próprios de colisões de princípios; as últimas — restrições não autorizadas expressamente pelo texto constitucional¹³⁵ — têm especial relevo, seja por manifestarem uma dimensão subjacente à própria garantia do devido processo (instrumentalidade), seja por interferirem com as legítimas expectativas do cidadão (princípio da não surpresa);

δ. O princípio da instrumentalidade consubstancia o epicentro nomológico de confluência do devido processo legal formal ou procedimental (“*procedural due process*”) e do devido processo legal substantivo (“*substantive due process*”);

ε. Devido processo legal formal e devido processo legal substantivo são conceitos auto-implicados e indissociáveis, de cujo equilíbrio dependem os respectivos sentidos éticos e a própria existência útil;

ζ. Fora do marco essencial irreduzível, as restrições admissíveis à cláusula do devido processo legal formal — assim entendida a garantia jusfundamental a um procedimento prévio, público e legal-formal e a um processo justo, equânime, efetivo e de duração razoável — configuram aquilo que designamos, até agora e doravante, como **inflexões** do sistema jurídico adjetivo;

η. As inflexões do devido processo formal têm legitimidade constitucional e desafiam explicação racional (no plano do razoável-consensual) à luz de um modelo de

¹³⁵ Sobre essa modalidade de restrição aos direitos e garantias fundamentais, cf., por todos, António Jorge Pina dos Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, *passim*. Tornaremos ao tema (*infra*).

decisão que priorize as normas-princípios e tanto seja permeável às pré-compreensões como às pós-prospecções¹³⁶;

Θ. A permeabilidade do modelo às pré-compreensões e/ou às pós-prospecções do intérprete-aplicador se completa com a sua aptidão para conferir-lhes caráter intrassistemático, o que implica ser um modelo inclusivo;

Ι. A inclusividade, por sua vez, subentende um processo linguístico-compreensivo de recepção de valores (= pré-compreensões) e de objetivos (= pós-prospecções) extrassistemáticos, cuja funcionalidade primordial concerne à transmutação dos elementos recepcionados em *proposições jurídicas sistematicamente assimiláveis* (nomeadamente como princípios jurídicos — constitucionais ou infraconstitucionais)¹³⁷;

Κ. Uma vez que as inflexões do devido processo formal são, por natureza, restrições a uma garantia jusfundamental, pressupõem invariavelmente a implicação, imediata ou não¹³⁸, de direitos humanos fundamentais em contextos de colisão ou periclitância, sob pena de não serem verdadeiras inflexões, mas *deflexões* do devido processo (= violação ilegítima de garantia constitucional);

Λ. Sob focagem relacional, são as normas de procedimento que se subordinam aos objetivos do processo, não o contrário;

¹³⁶ Chamaremos de *pós-prospecções* o “ponderar as consequências”, como atitude reflexiva inerente ao conceito de **sinépica** (“*Synepeik*”), de WOLFGANG FIKENTSCHER (*Methoden des Rechts...*, v. 5, pp.30-32). “Prospecção”, aqui, aparece como *sondagem, pesquisa* (das consequências sociojurídicas da decisão). Tornaremos ao tema (*infra*).

¹³⁷ Essa assimilação pode ser mais ou menos complexa, a depender do ordenamento constitucional de cada país. No caso alemão, por exemplo, a referência constitucional à “lei moral” (artigo 2º, 1, da GG) facilita as restrições com supedâneo em entidades nomológicas primitivamente não jurídicas. Confira-se, a respeito, Robert Alexy, *Theorie...*, pp.258-263. Tornaremos ao tema (*infra*).

¹³⁸ A implicação não será *imediata*, *e.g.*, nos casos de incorporação de elementos extrassistemáticos (*e.g.*, objetivos de política criminal recepcionados intrassistematicamente como dimensões do direito fundamental à segurança pública) ou quando jogarem direitos infraconstitucionais com ancoragem em direitos, garantias ou liberdades fundamentais (*e.g.*, direitos de propriedade industrial).

μ. As garantias constitucionais do processo, embora imanentes aos direitos abstratos de ação e de defesa, não estão plenamente emancipadas dos direitos substantivos decodificados como pretensões resistidas¹³⁹. Isso se torna especialmente verdadeiro quando se trata de pretensões à preservação e/ou à realização de direitos, liberdades ou garantias jusfundamentais.

IV. Mas a construção do modelo não basta em si mesmo.

Um modelo racional de decisão, permeável e inclusivo, idôneo a explicar as inflexões contemporâneas do devido processo formal, deve, a uma, admitir uma estrutura discursiva decomponível em uma série finita de enunciados (“leis”) reciprocamente implicativos. A duas, deve ter operacionalidade científica — o que significa servir a uma série ilimitada de aplicações casuísticas.

É o que, ao final, far-se-á (Parte III). Provaremos, com recurso à ciência aplicada, o acerto ou desacerto das teses acima elencadas.

§ 3º. JUSTIFICATIVAS

I. Nos textos científicos, só há sentido em destinar espaço para “justificativas” quando elas não sejam, por si mesmas, evidentes. Neste caso, ao menos para certos leitores, talvez não transpareçam ser.

Com efeito, pareceria despidendo buscar modelos racionais de inflexão processual para “racionalizar” o que, as mais das vezes, tem caráter de exceção e se explica casuisticamente, segundo a fundamentação tópica inerente a cada decisão. Não raro, fala-se

¹³⁹ Oskar von Bülow, *Die Stellvertretung...*, p.57. Para VON BÜLOW, ao contrário do que sustentamos, a dogmática processual deveria se autonomizar plenamente, excluindo o sistema positivo substantivo e qualquer relação de mimetismo que a ele se ligasse. Sobre as consequências dessa premissa no desenvolvimento da teoria dos atos processuais, com “*desvantagens enormes para o estudo do processo*”, cf. Paula Costa e Silva, *Acto e processo...*, pp.33-37.

em decidir com “sensibilidade”, como se a sensibilidade fosse um contraponto à racionalidade¹⁴⁰.

Convém ponderar, todavia, que algumas inflexões consolidam-se nas jurisprudências nacionais e acabam concorrendo com a própria legislação (como no Brasil se deu, p. ex., com as Súmulas n. 212 e 338 do TST, já citadas *supra* — tópico 1.1). Deixam, portanto, de ser “excepcionais”. Por outro lado, admitir que uma decisão judicial, a pretexto de ser “sensível” a essa ou aquela condição (uma premissa ética, um valor sociopolítico, uma necessidade socioeconômica, etc.), possa ser *irracional* a ponto de se firmar como produto *extrassistemático* do Direito, é render ensejo aos voluntarismos judiciais que, sobre serem geralmente bem-intencionados, põem cobro à segurança jurídica que abona estabilidade às relações sociais e podem valer, no futuro, como precedentes para outros tantos que, mal-intencionados, pretendam se servir do sistema judiciário para atender a interesses escusos.

II. Vistas por este ângulo, não é bom que tais inflexões permaneçam à margem da racionalidade jurídica. Não há que ser, entenda-se logo, uma racionalidade liberal, de raiz lógico-cartesiana. Bem pode ser uma racionalidade de feitio pós-moderno (*infra*, §23º), construída sobre o *consenso do razoável* (*supra*, §2º) — e será esse, adiante-se, o nosso rumo. Mas há de existir **alguma** racionalidade. Pois, pela racionalidade, coletiviza-se o entendimento; e, desse modo, democratizam-se tanto o Direito, ciência da compreensão, como a própria jurisdição, método e “*praxis*” oficial de pacificação e realização do direito objetivo. Os resultados da atividade judiciária tornam-se mais “controláveis” — não, porém, na perspectiva econômica (amiúde pugnada pelos órgãos oficiais do sistema financeiro internacional¹⁴¹), mas na perspectiva *ética*.

¹⁴⁰ V., e.g., o opúsculo “*O juiz: entre a razão e a sensibilidade*”, editado em 2001, sob os cuidados da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Pela próprio patrocínio institucional do escrito, vê-se não ser possível ignorar a relevância hodierna, no meio judiciário, da oposição semântico-ideológica entre “razão” e “sensibilidade” (a relacionar amiúde “racionalidade” e juspositivismo estéril). E, todavia, o buslís do problema das decisões socialmente “insensíveis” nem sempre estará na ausência de “emoção” (“intuição”?), mas nos fundamentos materiais e metodológicos da racionalidade empregada.

¹⁴¹ Assim, e.g., no Documento Técnico n. 319, o Banco Mundial queixa-se de que “[o] Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, **falta de transparência e previsibilidade de**

Revela-se, então, a mais nobre justificativa que este estudo poderia exhibir. Encontrar racionalidade nas “intervenções intuitivas” do devido processo formal, internalizando razões práticas (extrassistemáticas) que, no dia-a-dia, tendem a ser substituídas por fundamentos teóricos (intrassistemáticos) de índole puramente retórica, é **democratizar o Direito “in praxi”**. Torna-se, por essa via, mais acessível aos operadores jurídicos e, consequentemente, mais consentâneo com a ideia mesma de Estado Democrático de Direito. Permite-se que, ao pugnar por uma inflexão da norma adjetiva, o peticionário não se fie — ou não se fie *apenas* — no perfil ideológico do juiz e na subjetividade do seu discurso, mas, antes, nas próprias potencialidades do sistema jurídico objetivo, jogando às claras com normas-princípios e normas-regras, sem ter de recorrer, necessariamente, à “sensibilidade” do julgador pessoa física. Afinal, a *democratização de sentido* dos conjuntos de decisões infletoras implica a democratização da própria *possibilidade de resultados*: apreendida a racionalidade de uma inflexão processual, pode-se tentar reproduzi-la em qualquer circunstância, perante qualquer tribunal, independentemente dos destinatários concretos. Com isso, quebra-se o monopólio intelectual das inflexões, ainda em mãos dos juízes, para deixá-las ao alcance de *todos*. Todos — advogados, promotores públicos, cidadãos no exercício do “*ius postulandi*”, etc. — passam a dispor, indistintamente, do mesmo ferramental operativo hábil a *provocar*, sob dadas condições, uma determinada inflexão da lei adjetiva.

decisões e frágil confiabilidade pública no sistema”. E arremata: para efeito de se criar um “*ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos*”, “*um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados*”. Cf. Maria Dakolias, *Documento Técnico Número 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe (elementos para reforma)*, trad. Sandro Eduardo Sardá, Washington, Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996, *passim* (g.n.). Não é essa, por evidente, a “previsibilidade” que este estudo pretende otimizar. Se o que assegura legitimidade democrática às decisões judiciais é — também — a existência de baremas metodológicos de controle (Aulis Aarnio, *Lo racional...*, pp.48 e ss.; *supra*, nota n. 132), é certo que qualquer “previsibilidade” judiciária deve animar-se sobretudo por uma ética de princípios e por uma lógica de conceitos — que implicará sempre alguma inconstância inicial, notadamente nos “*hard cases*”, pela diversidade de variáveis sistemáticas e extrassistemáticas envolvidas —, não por uma lógica consequencialista de corte econômico (que conduziria o Judiciário a uma insustentável política: “decida-se o que for, desde que de antemão se saiba o quê: sempre igual e o quanto antes”). Infelizmente, algumas lógicas incorporadas recentemente ao Poder Judiciário brasileiro, ao ensejo das políticas de gestão do Conselho Nacional de Justiça, têm flertado com a lógica consequencialista (assim, p.ex., nas “metas anuais de produtividade” de sentenças). V., p.ex., <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17009:judiciario-aprova-metas-para-2012-e-2013> (acesso em 04.12.2012), em especial e “Meta 2”.

III. Em tais contextos, encontrar a racionalidade perdida significa, ainda, **reduzir os níveis de dissimulação motivacional** (houve já quem empregasse, no limite do respeito, a expressão “*hipocrisia judiciária*”...).

Viu-se, há pouco (tópicos 1.1 e 1.2), que os motivos extrassistemáticos (especialmente as pré-compreensões e as pós-prospecções) são, por vezes, *dissimulados* mediante a aplicação de regras ou princípios que, sobre realmente integrarem o sistema jurídico objetivo, não são o móbil intelectual verdadeiro da decisão. No Brasil, p. ex., tem-se distendido a norma dos artigos 128 e 460 do CPC (que tratam dos limites objetivos da lide) a partir da lógica do seu artigo 293, 2ª parte (que trata apenas dos *juros legais* como pedido processual implícito), para assim justificar uma interpretação de viés tuitivo, *acolhedora* das pretensões do reclamante, hipossuficiente econômico, que pede uma série de direitos trabalhistas mas, por imperícia do advogado constituído, deixa de incluir, no rol de pedidos, um pleito expresso de reconhecimento do vínculo empregatício¹⁴².

É claro que tais dissimulações comprometem a transparência da decisão judicial. Mas, por outro lado, a honestidade intelectual pode custar a integridade do “*decisum*”, conspirando para a reforma ou a anulação da sentença. Um modelo racional-consensual de decisão que logre internalizar esse sentido de proteção como um valor constitucional concreto, razoavelmente oponível ao devido processo formal, encorajaria motivações mais transparentes, sem o perigo de serem imediatamente conjuradas pelas instâncias superiores — tendencialmente mais conservadoras — em razão de sua “irracionalidade”.

¹⁴² No rigor da norma adjetiva, poder-se-ia reconhecer a inépcia da petição inicial (art. 295, I, e par. único, I, do CPC brasileiro). V., e.g., TST, RR n. 155100-07.1999.5.15.0012, 4ª T., rel. Min. FERNANDO EIZO ONO, j. 14.12.2011, in DEJT 19.12.2011. *In verbis*: “*RECURSO DE REVISTA . RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AUSÊNCIA DE PEDIDO. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL E JULGAMENTO EXTRA PETITA. 1. O Tribunal Regional rejeitou as preliminares de inépcia da petição inicial e de julgamento extra petita arguidas pela Reclamada , sob o entendimento de que a presente ação teve por inequívoco escopo o reconhecimento da relação de emprego havida com a Reclamada e, consequentemente, o pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas no decorrer do contrato. 2. O entendimento de que a ausência de pedido expresso de reconhecimento de vínculo não dá ensejo à inépcia da petição inicial nem a julgamento extra petita, sob o fundamento de que o pedido deve ser entendido por tudo aquilo que se pretende com o ajuizamento da reclamação trabalhista, extraído a partir de uma interpretação lógica das razões expostas pela parte autora, decorre da interpretação conferida pelo Colegiado Regional dos arts. 128, 295, parágrafo único, I, e 460 do CPC. Tratando-se de matéria de natureza interpretativa, inviável o prosseguimento do recurso de revista por indicação de violação dos referidos dispositivos (Súmula nº 221, II, desta Corte). [...] Recurso de revista de que não se conhece*”.

Normalizam-se, portanto, os riscos de reforma e anulação, permitindo um diálogo institucional mais franco e esclarecedor.

IV. De resto, a utilização de um modelo decisório que justifique inflexões do direito formal com arrimo em ponderações jusfundamentais preordena uma cultura processual de *otimização* de direitos, garantias e liberdades constitucionalmente assegurados. Se as disposições jusfundamentais têm caráter dúplice (“*Doppelcharakter*”) — i.e., se tanto estatuem normas-princípios como normas-regras¹⁴³ —, e se as normas de direitos fundamentais geralmente são normas-princípios e funcionam como *mandatos de otimização*¹⁴⁴, empregar um modelo de decisão que procure reconhecer e ponderar, nos diversos conflitos de interesse, todos os comandos jusfundamentais em perspectiva, significa (re)pensar o conflito carneluttiano sob novos parâmetros; significa (re)pensá-lo, em si mesmo e no campo da interpretação/aplicação da fonte formal adjetiva que o

¹⁴³ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.122-125. Dizer que as *disposições* (ou *dispositivos*) de direitos fundamentais têm caráter dúplice (porque tanto estatuem regras como princípios) não significa, segundo ALEXY, que as *normas* de direitos fundamentais também o sejam (e é cediço, em teoria geral do Direito, que *texto e norma* não se confundem): “*Daß durch Grundrechtbestimmungen zwei Arten von Normen statuiert werden, nämlich Regeln und Prinzipien, begründet den Doppelcharakter der Grundrechtsbestimmungen. Daß Grundrechtsbestimmungen einen Doppelcharakter haben, heißt noch nicht, daß auch die Grundrechtsnormen ihn teilen*” (p.122). Para ALEXY, as normas de direitos fundamentais ora são *regras*, ora são *princípios*, ostentando uma ou outra natureza. No entanto, mesmo as normas de direitos fundamentais **podem** ter caráter dúplice, se forem construídas de modo que ambos os níveis estejam nela reunidos (“*Grundrechtsnormen mit einem Doppelcharakter erhält man aber, wenn man die Grundrechtsnorm so konstruiert, daß in ihr die beiden Ebenen zusammengefügt sind*”). Isso ocorre, p.ex., quando uma cláusula constitucional restritiva de direitos fundamentais tem a estrutura de princípio e, por isso, está sujeita à ponderação; o exemplo dado é o do artigo 5º, 3, da GG: “*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung*” (“*A arte e a ciência, a investigação e o ensino serão livres. A liberdade de ensino não exime ninguém da fidelidade à Constituição*”). Como se vê, ALEXY **não referenda** a teoria pura dos princípios (HIPPEL), pela qual *todas* as normas de direitos fundamentais teriam sempre natureza principiológica (*op.cit.*, pp.104-106).

¹⁴⁴ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.71-77 (acentuando, de início, a tendência em se caracterizar normas de direitos fundamentais como *princípios*, embora também se possa a elas atribuir, mais episodicamente, o caráter de *regras*, como p.ex. quando se diz que a Constituição deve ser levada a sério como a “lei”: “[...] *daß die Verfassung als Gesetz ernst zu nehmen sei*”). No sentido de que a *grande maioria* das normas de direitos fundamentais tem natureza de *princípio*, cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, “*O proporcional e o razoável*”, in RT 798/23-50, abr./2002 (especialmente pp.43-44). E ainda mais peremptoriamente, tomando por *princípio* toda e qualquer norma jusfundamental, cf. Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1965, pp.15-17 e 25-30; ou ainda, do mesmo autor, *Rechtspolitik: Ziele, Akteure, Schwerpunkte*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1992, *passim*. Embora não se possam refutar várias das reflexões de ALEXY (e.g., p.117), consideramos, coincidindo com VIRGÍLIO e convergindo para HIPPEL, que as normas de direitos fundamentais são — ao menos — **tendencialmente** principiológicas. Voltaremos a isso no § 24º.

enquadra, com *ênfase no cumprimento dos mandatos jusfundamentais* que, afinal, as normas-princípios encerram.

Atende-se, com isso, à mais genuína função constitucional do processo, que não é somente a de garantir os direitos de ação e de defesa ou a de prover a segurança jurídica, mas, sobretudo, a de **aumentar a proteção dos direitos fundamentais**, onde os mesmos estejam substancialmente envolvidos¹⁴⁵. Pode-se alcançar, assim, o quanto vaticinado por ALEXY, de que o aspecto procedimental e o aspecto material do conflito sejam reunidos em um modelo dual que priorize, no limite, a dimensão jusmaterial¹⁴⁶.

V. No que concerne especificamente à parte histórica (parte I, capítulo I, §§ 7º a 10º), a sua presença justifica-se pela *capacidade crítica* que somente a dimensão do tempo é capaz de criar. A digressão histórica terá, por isso, um viés eminentemente crítico, sem preocupações de exaurimento temático e/ou de estrita vinculação ao estudo das fontes. Essas serão consultadas na justa medida de sua serventia para a compreensão e para a contextualização histórica das garantias processuais e do devido processo legal moderno. Não será, portanto, um esforço acrítico de arqueologia jurídica, mas tampouco será um estudo sistemático de História do Direito. Será tão só um esforço de parametrização histórico-retrospectiva dos institutos e conceitos que têm centralidade nesta Tese. Por meio dele, espera-se — parafraseando MENEZES CORDEIRO¹⁴⁷ — desfazer os níveis linguísticos de desenvolvimento do “devido processo” no atual estágio da processualística contemporânea, acedendo às suas estruturas originais e, bem assim, às suas razões primeiras.

VI. Por fim, no plano estritamente formal, interessa ressaltar o ineditismo da proposta, que tenciona reunir uma série limitada de eventos-paradigmas especialmente selecionados — recorrentes em usos forenses nacionais ou internacionais e evidenciadores de inflexões notórias no devido processo formal — e explicá-las à luz de um modelo

¹⁴⁵ *Idem*, p.446. In verbis: “Wo immer Verfahrensnormen den Schutz der Grundrechte erhöhen können, sind sie durch grundrechtliche Prinzipien *prima facie* gefordert”.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*. Para a transcrição da passagem, cf., *supra*, o tópico 1.3 e a nota n. 100.

¹⁴⁷ Cf. *Da boa fé...*, p.49 (sobre o “desfazimento dos níveis linguísticos de desenvolvimento da boa-fé”).

teórico unitário, apto a identificar o nexu jusfundamental compartilhado que os legitima, tanto ética como pragmaticamente (conquanto nem sempre expressa ou literalmente).

Alguns desses eventos já mereceram estudos doutrinários, tão robustos quanto numerosos; é o que se deu, p. ex., com o problema da relativização da coisa julgada, com a criação pretoriana de poderes assistenciais exercitáveis “*ex officio*” pelo juiz da causa, com a admissão processual de provas ilícitas ou ilegítimas (relativização das regras de inadmissibilidade) e com a inversão do ônus da prova em certos nichos socioeconômicos (consumidores, empregados, contribuintes, etc.). Todos remetem, em maior ou menor intensidade, à teoria dos direitos fundamentais; mas, não se reconhecendo como parte de um fenômeno maior, ao longo de um mesmo eixo axiológico, com origens comuns e desdobramentos contíguos, esses estudos não se habilitam a prover uma compreensão universalizante, que faculte produzir inflexões semelhantes em outros campos (exercício do direito de ação, poderes instrutórios do juiz, correlação entre demanda e sentença, processo coletivo, etc.), desde que presentes os mesmos pressupostos de fundo.

Perder-se-á, talvez, no exame de cada evento-paradigma, em profundidade e em profusão. Ganhar-se-á, porém, na capacidade de compreender tais fenômenos e de reproduzi-los em outros setores, não mais como exceções particularizantes, mas como aplicações localizadas de um mecanismo juscientífico espontâneo, permanente e constitucionalmente legítimo, que passa por processos intelectivos de internalização sistemática de motivações humanas — pré-compreensões e pós-prospecções — , por juízos constantes de ponderação e pela realização prioritária dos mandatos jusfundamentais. Parte-se, conseqüentemente, daquele conjunto amostral limitado (*supra*), para adiante engendrar uma nova série de eventos de mesma natureza, agora virtualmente ilimitada — sem, contudo, perder a controlabilidade.

Eis o que justifica, também do ponto de vista utilitário, os empenhos que se seguem.

§ 4º. METODOLOGIA E PERCURSO DA EXPOSIÇÃO

I. A Ciência Jurídica contemporânea já protagonizou vívidas discussões em torno dos “métodos” que o Direito deveria perflhar. Houve quem sustentasse ter o Direito um método próprio, de base teleo-axiológica, que o distinguísse das demais ciências enciclopédicas; tal seria o chamado “método jurídico”¹⁴⁸. Com efeito, referimos há pouco o cunho inexacto do Direito — i.e., a sua condição de **ciência da compreensão** —, o que desaconselha subordiná-lo a métodos próprios das ciências naturais, essencialmente empíricos e eticamente neutros. Ademais, a compreensão jurídica avança em dinâmica *helicoide* (*supra*, § 2º) e se autoconstrói dogmaticamente¹⁴⁹, o que exige um esforço dialético muito particular, que provavelmente o discrepa das outras ciências humanas (em geral despregadas de preocupações dogmáticas).

Nem por isso, pode o método jurídico prescindir dos esquemas de pensamento científico legados pelas demais ciências aplicadas. Do contrário, desnecessário seria, em qualquer plano de investigação jurídica, destacar-se um tópico para discutir a metodologia.

II. Já por isso, convir-nos-á abdicar da polêmica — conquanto reconheçamos, insista-se, certa *especificidade* para o método jurídico — e simplesmente registrar que, ao longo da investigação, privilegiar-se-á uma **abordagem sistemática** (*infra*, tópico 5.1), em cujo marco empregar-se-ão todos os processos típicos de aquisição do conhecimento científico, tanto os de caráter indutivo quanto os de caráter dedutivo, na medida da necessidade e da conveniência das pesquisas planejadas. Isso inclui, por evidente, a formação e consulta seletiva de espólio bibliográfico bastante (doutrinário e

¹⁴⁸ Cf., e.g., Friedrich Carl von Savigny, *Juristische Methodenlehre: Kollegnachschrift von Jacon Grimm*, Stuttgart, G. Wesensberg, 1951, *passim*; Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre: Eine Einführung*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 1990, *passim* (especialmente pp.39-42). No contraponto (propondo um método *indutivo*, de fundo histórico-natural — a que depois renunciaria —, e baseando-se sobretudo nos exemplos de formulação jurídica do Direito Romano), cf. Rudolf von Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wien, Linde, 2009 (reimpressão da edição alemã de 1884), *passim* (especialmente pp.245 e ss.).

¹⁴⁹ Como pontuou MENEZES CORDEIRO, “a dogmática radica na positividade do Direito. Sem ela ou, pelo menos, sem utilizar os elementos postos, por ela, à disponibilidade do estudioso, qualquer debate é alheio ao Direito e à sua Ciência” (*Da boa fé...*, p.31).

jurisprudencial), a problematização tópica e sistemática das questões centrais, os levantamentos estatísticos para indução empírica, a dialética juscomparativa, etc.

Grosso modo, porém, a investigação desenvolver-se-á, ao longo do tempo, segundo dois “movimentos metodológicos” distintos (que, no entanto, não serão estanques; comunicar-se-ão, necessariamente, no limiar de cada ascensão da curva espiral discursiva).

III. No que diz respeito à fase inicial de investigação, a metodologia pretende-se basicamente **indutiva**. Partir-se-á da observação casuística das aparentes inflexões no devido processo legal formal (tal como antecipamos nos tópicos 1.1, 1.2 e 1.3), notadamente em seara pretoriana (com ênfase no caso brasileiro), para buscar-lhes as feições, as origens e as condições, tanto na pesquisa histórica (Parte I, §§ 7º a 10º) como na contemplação da ruptura paradigmática da pós-modernidade (§ 11º), onde se agravou a sua incidência. Com os dados coligidos, compor-se-á um panorama descritivo suficientemente completo, após o que estará ultimado o objeto amostral sobre o qual incidirão, “*ex post*”, todas as atividades de racionalização e sistematização.

IV. Adiante, nos capítulos 2 e 3 da Parte I, a dialética compreensiva voltar-se-á para a assimilação teórico-conceitual, examinando as construções doutrinárias e jurisprudenciais mais proeminentes em torno do *devido processo substantivo* (“*substantive due process*”) e do *devido processo formal* (“*procedural due process*”). O recurso às expressões de língua inglesa demonstra, nesta fase, como serão particularmente valiosas as elucubrações do direito anglo-saxônico (especialmente o norte-americano) para a aquisição conceitual, o que se explica pelo grau de maturidade política a que os conteúdos do “*due process of law*” foram guindados naquelas culturas. A metodologia pretende-se sobretudo **dedutiva**: identificados os conceitos e os princípios maiores, descobrir-se-ão outros tantos conceitos e princípios, mais singulares, ensejadores das primeiras intelecções concretizadoras a estabelecer, nas diversas situações/relações jurídico-processuais (Parte III), a explicação racional-consensual das inflexões mais contraditórias. O capítulo 4 terá, nisso, um papel destacado, por perquirir

os pontos de confluência sistemática entre o devido processo formal e o devido processo substantivo (que, ver-se-á, podem ser mais facilmente visualizados no contexto jurídico anglo-saxão que nos sistemas de tradição romano-germânica).

V. A Parte II pretende correlacionar, em todos os níveis relevantes, a teoria dos direitos fundamentais e a própria teoria do devido processo legal. Seguir-se-á, de perto, o mesmo traço metodológico da Parte I, mas em curva espiral superior.

O capítulo 1 enfatizará a observação metódica de escopo indutivo, catalogando perfis sociológicos nas magistraturas nacionais (especialmente a brasileira) e descrevendo novos paradigmas de atuação judiciária (o que inclui os recentes protótipos de Justiça Restaurativa e o próprio “modelo de Stuttgart”, já mais longo). Outra vez, o dado estatístico terá sua importância.

No capítulo subsequente, retomar-se-á o processo compreensivo de assimilação teórico-conceitual (método dedutivo), focado nas interconexões entre a ideia de devido processo legal (substantivo/formal) e a teoria dos direitos fundamentais. Das concreções do devido processo formal, como emanções de um direito humano fundamental, chegar-se-á a um modelo de tutela mínima dos direitos fundamentais pela via do devido processo legal formal (= “*Wesensgehaltgarantie*”). O desdobramento dos conceitos e de suas respectivas aplicações permitirá ver como devido processo e jusfundamentalidade são, “*in praxi*”, construções indissociáveis.

Nessa vereda, tenciona-se produzir, com a síntese dialética das premissas engendradas por via indutiva e dedutiva, um **modelo racional de decisão**, de tipo **permeável** e **inclusivo**, apto a explicar satisfatoriamente as inflexões do devido processo formal hodierno, na mira do principal objetivo alvitrado alhures (*supra*, § 2º).

VI. A Parte III servirá, por seu turno, como contraprova bastante das aptidões compreensivas do modelo decisório semidefinido à altura. Tais aptidões pressupõem a capacidade de explorar as inflexões processuais legitimáveis (a saber, as que se justificam

racional-consensualmente), expandindo-as para outros contextos, mesmo no silêncio das legislações nacionais.

Para tanto, as inflexões mais recorrentes em cada uma das principais situações/relações jurídico-processuais conhecidas serão apresentadas, à luz do modelo construído, com vista à aferição de sua legitimidade constitucional. Além disso, a par da explicação das inflexões já estabelecidas na prática forense, o modelo ainda será empregado para proporcionar ao operador jurídico *outras configurações possíveis de inflexão do devido processo formal*, nos diversos processos, consumando o propósito de viabilizar a (re)produção das inflexões em uma série casuística virtualmente ilimitada.

Entreabrem-se, nesse encaixe, caminhos seguros para reponderar os pressupostos do “modelo de Stuttgart”, conectando a teoria dos poderes assistenciais com o princípio da cooperação processual e o direito fundamental à tutela judicial efetiva, de modo a inscrever a hipótese em um marco regulatório que previna arroubos de parcialidade judicial. E, da mesma forma, criar-se-ão condições teóricas para a descoberta de um *novo elenco de direitos processuais fundamentais constitucionalmente adscritos* (ALEXY¹⁵⁰), alguns já atinados pela doutrina recente, outros ainda insuspeitos (§33º). A depender de sua proficuidade, essa derradeira inferência talvez se confirme, ao cabo, como a maior contribuição pragmática desta Tese para o dia a dia dos processos judiciais.

VII. No que tange às designações de institutos e figuras hauridos de ordenamentos estrangeiros, haja vista a íntima ligação entre cada dogmática e a língua em que se exprime, preferiremos sempre lançá-las com o “*nomen juris*” original, sem traduções, quando não houver absoluta identidade de conceitos e/ou de regimes jurídicos¹⁵¹. Deste modo, o leitor

¹⁵⁰ *Theorie...*, pp.57-63 (“Zugeordnete Grundrechtsnormen”). Tornaremos ao tema (*infra*, § 33º).

¹⁵¹ Façam-se nossas, aqui, as razões e advertências metodológicas de PAULA COSTA E SILVA, com remissão a MENEZES CORDEIRO (*Acto e processo...*, pp.51-52). Como se lê àquela altura, “os sistemas processuais diferem, não apenas nos nomes que dão às realidades sobre as quais operam, mas na conformação de cada uma dessas realidades. A colocação de um termo conhecido do sistema nacional para o referir a uma realidade processual que encontremos em sistemas estrangeiros importa grandes riscos de precisão. Para al’em de um catálogo próprio de actos, cada sistema constrói regimes particulares para cada figura que regula. E, na conformação do regime das diferentes figuras, o legislador terá sempre em atenção que legisla num dado sistema”.

saberá sempre de qual instituto ou figura — com seus respectivos conceitos e regimes — vai-se *concretamente* arrancar.

Por fim, tenha-se em mente que, ao menos quanto à cláusula constitucional do devido processo legal, o texto utilizará indistintamente as expressões “direito fundamental” e “garantia fundamental”, a despeito das conhecidas demarcações conceituais feitas pela doutrina recente. E assim procederemos, em resumo, porque adiante caberá demonstrar que, do ponto de vista funcional, o devido processo legal desempenha ambos os papéis. As razões desse convencimento serão minudenciadas bem mais tarde, na Parte II desta Tese (§ 25º). Nada obstante, empregaremos, já a partir do §7º, a expressão “garantias processuais” para designar manifestações do gênio jurídico que remontem à ideia de devido processo legal formal.

§ 5º. PRESSUPOSTOS DE INVESTIGAÇÃO

5.1. A TEORIA DOS SISTEMAS E A SISTEMÁTICA JURÍDICA. O DIREITO COMO SISTEMA ABERTO E MÓVEL

I. No início da década de cinquenta, LUDWIG VON BERTALANFFY¹⁵², KENNETH BOUDING¹⁵³ e outros de mesma cepa desenvolveram, no campo das ciências naturais, a chamada **teoria geral dos sistemas**, talhada para ser uma teoria epistemológica da Ciência de vocação universal. Com isso, pretenderam — em especial BERTALANFFY, HEMPEL, BASS e JONAS¹⁵⁴ — subministrar o contributo metodológico definitivo para afirmar a *unidade* do pensamento científico. Já nos anos oitenta, CHURCHMAN¹⁵⁵ reescreveu a teoria, sobre mesmos pressupostos, para os usos da Ciência da Administração.

¹⁵² Cf., entre outras do mesmo autor, Ludwig von Bertalanffy, *Teoria Geral dos Sistemas*, trad. Francisco M. Guimarães, São Paulo, Vozes, 1977, *passim*.

¹⁵³ Kenneth E. Bouding, *General Systems Theory: The Skeleton of Science*, in *Management Science*, Hanover (MD), Institute for Operations Research and the Management Sciences, abr. 1956, v. 2, n. 3, pp.197-208.

¹⁵⁴ Cf. Ludwig von Bertalanffy, Carl G. Hempel, Robert E. Bass, Hans Jonas, *General System Theory: A New Approach to Unity of Sciences*, I-IV, in *Human Biology* 23, n. 4 (dezembro, 1951): 302-361.

¹⁵⁵ Charles West Churchman, *The Systems Approach*, New York, Dell, 1984, *passim*.

A teoria geral dos sistemas tem por primeiro fundamento a inadequação científica dos procedimentos puramente analíticos para a compreensão/explicação de entidades de comportamento não linear, cujas partes interajam intensa e organicamente (i.e., os **sistemas**). Na arguta percepção de BERTALANFFY¹⁵⁶,

“O problema do sistema é essencialmente o problema das limitações dos procedimentos analíticos na ciência. Isto costuma ser expresso em enunciados semimetafísicos, tais como evolução emergente ou “o todo é mais do que a soma de suas partes”, mas tem uma clara significação operacional. “Procedimento analítico” significa que uma entidade pode ser estudada resolvendo-se em partes e por conseguinte pode ser constituída ou reconstituída pela reunião dessas partes. [...] A aplicação do procedimento analítico depende de duas condições. A primeira é que as interações entre as “partes” ou não existam ou sejam suficientemente fracas para poderem ser desprezadas nas finalidades de certo tipo de pesquisa [...]. A segunda condição é que as relações que descrevem o comportamento das partes sejam lineares [...]. Estas condições não são satisfeitas pelas entidades chamadas sistemas, isto é, consistindo de partes “em interação”. O protótipo de sua descrição é um conjunto de equações diferenciais simultâneas, não lineares no caso geral. O problema metodológico da teoria dos sistemas consiste portanto em preparar-se para resolver problemas que, comparados aos problemas analíticos e somatórios da ciência clássica, são de natureza mais geral”.

II. À teoria geral dos sistemas credita-se ainda o mérito de examinar o sistema em *perspectiva não monolítica*, considerando tanto a sua mobilidade relativa quanto a sua porosidade. Não o toma “*in se*”, em cortes mecanicistas, mas investiga o seu *significado*, o que envolve: **(a)** os objetivos totais do sistema e a suas medidas de rendimento¹⁵⁷; **(b)** o ambiente do sistema (“*coações fixas*”); **(c)** as componentes do sistema (suas atividades, finalidades e medidas de rendimento); e **(d)** a administração do sistema¹⁵⁸. Nos lindes deste estudo, interessar-nos-á notadamente a explorar a ideia de *ambiente do sistema* e suas

¹⁵⁶ *Teoria Geral dos Sistemas*, pp.37-38.

¹⁵⁷ O **rendimento** diz com a capacidade do sistema em prosseguir seus objetivos totais, *reais* ou *declarados*, *legítimos* ou não; a *medida de rendimento*, por sua vez, é uma “contagem de pontos” que nos diz até onde o sistema está funcionando bem; quanto maior o número de pontos, melhor o rendimento e mais eficiente é o sistema (Churchman, *The Systems...*, p.53).

¹⁵⁸ Cf. Churchman, *The Systems...*, p.51.

possibilidades. Na expressão de CHURCHMAN, o ambiente é algo que está fora do controle dos sistemas e, não obstante, determina em parte o seu funcionamento; como agrega uma série de fatores que, do ponto de vista do sistema, estão “fixadas” ou “dadas”, o ambiente ainda é designado pela expressão “*coaçoões fixas*” (coaçoões que, todavia, podem também cambiar, inclusive sob a influência do próprio sistema). As interações do sistema com o ambiente — i.e., com aquilo que está situado “fora” do sistema — só são possíveis graças às características da *mobilidade* (em virtude da qual as “fronteiras” do sistema deslocam-se no curso do tempo, relativizando o sentido do que está “dentro” ou “fora”) e da *porosidade* (que, sob certos condicionamentos, permite internalizar elementos extrassistemáticos). Daí porque

“o cientista deve ter uma maneira de pensar a respeito do ambiente do sistema, que seja **mais rica e mais sutil do que a simples procura de limites**. Faz isso ao notar que quando dizemos que alguma coisa está situada “fora” do sistema, queremos significar que o sistema pode fazer relativamente pouco a respeito das características ou do comportamento de tal coisa. [...] Por exemplo, se um sistema opera dentro de um orçamento fixo que lhe é dado por algum órgão superior e o orçamento não pode ser alterado por qualquer atividade do sistema, teríamos de dizer então que as coaçoões orçamentárias encontram-se no ambiente do sistema. Mas se, por algum transformação da organização, o sistema puder influir no orçamento, então alguns dos processos orçamentários pertenceriam ao interior do sistema”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Churchman, *The Systems...*, p.58 (g.n.). No caso específico do Direito, pode-se ainda pensar em um **sistema geral de socialidade**, do qual o sistema jurídico, o sistema cultural, o sistema político e o sistema econômico sejam *partes* (= subsistemas), na esteira da **teoria dos compartimentos** (RESCIGNO e SEGRE, 1966), pela qual “o sistema consiste de subunidades com certas condições de fronteiras entre as quais podem ocorrer processos de transporte. Esses sistemas podem ter, por exemplo, estrutura “*catenária*” ou “*mamilar*” (cadeia de compartimentos ou um compartimento central em comunicação com um certo número de outros periféricos)” (Bertalanffy, *Teoria Geral dos Sistemas*, p.40). Tal perspectiva — de um *sistema social geral*, porém compartimentado em *sistemas parcelares especiais* — parece ser a de LUHMANN, quando trata da “*utilização do direito enquanto estrutura do sistema social*” (cf. Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito I*, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, 1983, pp.43-147 [121]; e, do mesmo autor, *Sociologia do Direito II*, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, 1985, pp.116-177, especialmente pp.125-126); e, certamente, é a de PARSONS e ACKERMAN (cf. Talcott Parsons, Charles Ackerman, “*The concept of social system as a theoretical device*”, in *Concepts, theory and explanation in the behavioural sciences*, Gordon J. Drenzo [org.], New York, Random House, 1966, pp.19-40). A PARSONS deve-se, aliás, a redução do sistema social a quatro funções e, por conseguinte, a quatro fases ou subsistemas: o “*adaptive subsystem*” (subsistema da adaptação às necessidades, i.e., *econômico*), o “*goal attainment subsystem*” (subsistema relativo aos objetivos a atingir, i.e., *político*), o “*latency subsystem*” (subsistema de “valores latentes”, i.e., de vinculações culturais e motivacionais, ou simplesmente *cultural*) e o “*integrative subsystem*” (subsistema de integração mediante normas legais e controle social, que engloba o *jurídico*). Na sequência, tornaremos a ambos os autores (LUHMANN e PARSONS).

III. No campo específico das ciências sociais, a teoria dos sistemas tem importante papel a cumprir¹⁶⁰ e foi sobretudo desenvolvida por TALCOTT PARSONS¹⁶¹ e NIKLAS LUHMANN¹⁶². O último fundou as bases do funcionalismo jurídico, descrevendo um sistema que reproduz a si mesmo, nos planos psíquico e social (“*autopoiesis*”), e assegura o seu reconhecimento (= legitimidade) pelos procedimentos formais que ele próprio instaura (“*Legitimation durch Verfahren*”).

Para LUHMANN, a complexidade do mundo deve ser traduzida em medidas que permitam aos sujeitos se orientarem pessoal e socialmente; isso só se obtém pela construção de *sistemas* inteligíveis (= com sentido). O sistema jurídico é apenas um deles; e a perspectiva sistêmica pressupõe, também aqui, fronteiras móveis (i.e., “sistematicamente relativas”) entre o sistema e o seu ambiente¹⁶³. É que o Direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social, é sempre e ao mesmo tempo *causa* e *efeito* das metamorfoses nos diversos níveis de socialidade; dito de outro modo, “*o direito é codeterminado pelo desenvolvimento social, e ao mesmo tempo é capaz de codeterminá-lo*”¹⁶⁴. Consequentemente, a totalidade das premissas (= referências de sentido) que atuam na sociedade, como *estruturas*, não pode ser reduzida a expectativas normativas ou ao Direito propriamente dito; ao revés, há que considerar todas as condições prévias de atribuição de sentido (= estruturas) ao sistema social e à sua relação mesma com o ambiente

¹⁶⁰ Cf., por todos, Bertalanffy, *General System Theory: Foundations, Development, Applications*, New York, George Braziller, 1976, pp.194-197 (original em inglês). Ver também *Teoria Geral dos Sistemas*, *passim* (*supra*, nota n. 152).

¹⁶¹ Cf., e.g., Talcott Parsons, *Sociological theory and modern society*, New York, Free Press, 1967, *passim* (especialmente pp.139-165); do mesmo autor, “*Interaction. Social interaction*”, in *Encyclopedia of the social sciences*, New York, Free Press, 1968, v. 7, pp.429-441; e em Parsons, Ackerman, “*The concept...*”, pp.19-40. Segundo BÜLLESBACH, “*o objectivo de Parsons é a apresentação de uma teoria geral dos sistemas que possa constituir a base de todas as ciências sociais. Para esta teoria influíram os contributos de Marshall, Pareto, Durkheim, Weber e Freud. Além disso, recebeu ainda elementos da etnologia (Radcliffe-Brown, Malinowski), da biologia (Spencer), das ciências naturais e, finalmente, do positivismo*” (*Princípios...*, p.420 — *g.n.*), culminando em uma teoria sistêmica pautada pela uniformidade lógica, pela ausência de contradições intrassistemáticas, pela ideia de validade universal e pela interdependência entre partes e elementos, na qual se equilibram dinamicamente as exigências do sistema e as necessidades dos indivíduos.

¹⁶² Cf., entre outros, “*Rechtssoziologie I*” e “*Rechtssoziologie II*”, ambos de 1972, traduzidos no Brasil como “*Sociologia do Direito I*” e “*Sociologia do Direito II*” (*supra*, nota n. 159).

¹⁶³ Cf. Alfred Büllesbach, “*Princípios de teoria dos sistemas*”, in *Introdução...*, Kaufmann, Hassemer (org.), pp.425-426. *In verbis*: “*Para Luhmann, a diferença entre sistema e meio ambiente não é ontológica, ela não divide toda a realidade em duas partes: aqui sistema, ali meio ambiente. É antes sistematicamente relativa (i.e., dependente do sistema), mas igualmente objectiva*” (p.427).

¹⁶⁴ Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito II*, pp.116-117.

no qual se inscreve. O Direito é apenas *um momento estrutural*, entre tantos outros. E a *ação social* — conforme ou desconforme — deve ser pensada em um contexto sistêmico maior, no qual se reconheça que

“as condições de mudança social controlável não coincidem mais necessariamente com o sentido da ação, que deseja mudar a sociedade. Elas também não consistem mais de uma espécie de *ius eminens*: na intervenção modificando-se o direito para promover o bem comum. Elas residem, antes, no próprio sistema da sociedade. Suas estruturas não podem ser indeterminadamente construídas; **elas precisam possibilitar o desencadeamento de mudanças estruturais através das quais o sistema se adapta a mudanças ambientais e torna-se capaz de reestruturar tensões internas.** A estruturações do sistema, sem as quais a positividade não teria qualquer função enquanto instituição, devem ser buscadas em tais elasticidades internas. Correspondentemente, as condições de compatibilidade estrutural do direito [com o sistema social geral] devem ser definidas mais abstratamente. Elas não residem mais apenas em uma concordância harmônica com as bases valorativas da sociedade, que por seu lado tornou-se desarmonica. **O direito é compatível na medida em que as condições de sua mudança possam ser compatibilizadas com as condições da mudança social** (o que implica em que também sejam integráveis as condições de não mudança)”¹⁶⁵.

Em suma, o problema do Direito não se esgota na sua interpretação-aplicação ou mesmo na sua efetividade. Consiste, ainda, na investigação da *compatibilidade estrutural* entre o (sub)sistema jurídico e o seu ambiente de entorno, assim como das suas recíprocas interações¹⁶⁶.

Anos mais tarde, na 2ª edição de seu “*Metodenlehre*”, LARENZ pontuou a crítica às teses de LUHMANN sobre a dogmática jurídica e, nesse encalço, terminou por complementar o sentido luhmanniano de diferenciação contínua do sistema jurídico, descrevendo com excelente aproximação a **dinâmica de dupla mão** que informa o

¹⁶⁵ *Idem*, pp.124-125 (g.n.). Por “definição mais abstrata das condições de compatibilidade estrutural do direito” deve-se entender, inclusive, a necessidade de as normas jurídicas serem *tanto mais abstratas e indefinidas*, quanto maior a complexidade a se superar nos diversos níveis de socialidade (Alfred Büllesbach, *Princípios...*, p.427).

¹⁶⁶ Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito II*, p.121.

processo de autocriação, heterocriação e recriação da ordem jurídica objetivo-positiva — a que, inapelavelmente, a Ciência Jurídica deve estar sempre *sensível*. Para LARENZ,

“a dogmática jurídica afirmar-se-á a si própria e cumprirá a sua função quando e só quando conseguir, em medida crescente, desenvolver e aplicar formas de um pensamento orientado a valores — como o tipo jurídico, o conceito jurídico funcionalmente pensado, o sistema “móvel” e “aberto” — e métodos de um pensamento que **não só flui num sentido único, mas em sentido duplo** — métodos de “concretização” e “tipificação”, de “analogia” e de “redução teleológica””¹⁶⁷.

Eis a razão pela qual, no percurso da exposição, suceder-se-ão abordagens indutivas e dedutivas (cf., *supra*, o § 4º), ora no sentido da “conceptualização” (i.e., da construção de um modelo abstrato ideado a partir de levantamentos empíricos), ora no sentido da “concretização” (i.e., da operacionalização do modelo e da sua reforma ou afirmação conforme os resultados da aplicação casuística). E o que explicará, ademais, a possibilidade sociológica das teses que demonstraremos.

IV. Mas a teoria dos sistemas não se deteve nas plagas da Sociologia Jurídica. Avançou para os planos dogmáticos e ingressou nos domínios da Ciência do Direito propriamente dita, alcançando foros de hegemonia.

Em tais domínios, conquanto já se falasse de “interpretação sistemática” desde SAVIGNY e o seu método jurídico^{168, 169} (o que importava reconhecer, àquela altura, que o

¹⁶⁷ Karl Larenz, *Metodologia...*, pp.320-325 (especialmente p.325 — *g.n.*). Para ousar mais, diríamos: “de dentro para fora” e “de fora para dentro” do (sub) sistema jurídico. Sem considerar esse movimento, a dogmática jurídica será sempre uma sombra deliberadamente parcial e deformada de seu próprio objeto.

¹⁶⁸ Cf. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, v. I, pp.206 e ss. (cap. 4), 214, 262-263. Na obra, SAVIGNY definiu **sistema** (= “[d]as systematische Element”) como a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito em uma grande unidade” (p.214: “zu einer Großen Einheit verknüpft”) e desenvolveu, por completo, os seus quatro cânones de interpretação jurídica, a saber, o elemento gramatical, o elemento lógico, o elemento histórico e o elemento sistemático, de que a Hermenêutica é, ainda hoje, tributária (= *teoria clássica da interpretação*). Em SAVIGNY, “filosófico” — em acepção jurídico-científica (i.e., Ciência do Direito como “ciência filosófica”) — chega a ser sinónimo de “sistemático”, ao menos nos primeiros estudos (cf. Karl Larenz, *Metodologia...*, p.10). O método jurídico de SAVIGNY mereceu, de ARTHUR KAUFMANN e alguns outros, a designação de “metodologia tradicional” (cf., por todos, Arthur Kaufmann, *A problemática...*, p.162).

sistema jurídico comporta-se sistematicamente), pode-se afirmar, com segurança, que a **nova sistemática jurídica** — como hoje a conhecemos — só veio a ganhar maturidade nos últimos trinta anos do século XX, com os estudos metodológicos de FIKENTSCHER¹⁷⁰ e de CANARIS¹⁷¹, entre outros.

Não se tratou, evidentemente, de uma mera transposição da teoria geral dos sistemas para o mundo do Direito. Na realidade, os cultores da sistemática jurídica nem ao menos se reportam a BERTALANFFY, BOUDING, HEMPEL e que tais. Provavelmente não o tenham feito pelo peculiar obstáculo da *linguagem* (em BERTALANFFY, p. ex., várias demonstrações da teoria geral dos sistemas são basicamente *algébricas*¹⁷²). Entendemos,

¹⁶⁹ Em termos mais rigorosos, dir-se-ia que a problemática jurídica dos *sistemas* é ainda anterior, acompanhando a Jurisprudência europeia continental desde as suas origens modernas. Na dicção de VIEHWEG, “*La problemática de los sistemas, de la que ya se ocupó Gaius en el 1er. libro de su “Introducción”, no ha dejado nunca de ser objeto de reflexiones por parte de la jurisprudencia europeo-continental, desde que ésta surgió a fines del siglo XI. A comienzos de la Epoca Moderna, se manifestó con especial claridad en la crítica humanista a la jurisprudencia escolástica. En el derecho racional de los siglos XVII y XVIII, se intentó solucionarla con modelos de sistemas de estructura deductiva. Estos modelos fueron desarrollados aun más, sobre todo, por la pandectística alemana del siglo XIX. A menudo, determinan también hoy nuestra actitud con respecto a los problemas sistemáticos*” (Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, p.71).

¹⁷⁰ Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts...*, *passim* (vide, *supra*, nota n. 121).

¹⁷¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1983, *passim*. Utilizaremos, doravante, a tradução portuguesa: Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, *passim*.

¹⁷² Associando cibernética e matemática, BERTALANFFY observa, a certa altura, que “os conjuntos de equações diferenciais simultâneas como meio de “modelar” ou definir um sistema são, quando lineares, de solução fatigante, mesmo no caso de haver poucas variáveis. Quando não lineares são insolúveis, exceto em casos especiais. [...] Por esta razão, os computadores inauguraram um novo enfoque na pesquisa dos sistemas, não somente por facilitarem os cálculos que, a não ser assim, excederiam o tempo e a energia disponíveis, substituindo a engenhosidade matemática por procedimentos de rotina, mas também abrindo campos onde não existiam teorias matemáticas ou meios de solução. Assim, sistemas que excedem de muito a matemática convencional podem ser submetidos à computação” (*Teoria Geral dos Sistemas*, pp.39-40). Constata-se, pois, que a linguagem primordial, na abordagem dos sistemas (com conceitos como não interação e linearidade), está radicada na matemática pura, estendendo-se daí para a ciência da computação. Pouco antes, asseverava que “em muitos fenômenos biológicos e também nas ciências sociais e do comportamento são aplicáveis os modelos e as expressões matemáticas. Estes, evidentemente, não se incluem entre as entidades da física e da química e nesse sentido transcendem a física como paradigma da “ciência exata”. [...] Tornou-se aparente a semelhança estrutural desses modelos e seu isomorfismo em diferentes campos, e justamente revelaram-se centrais os problemas de ordem, organização totalidade, teleologia, etc., que eram excluídos dos programas da ciência mecanicista. Esta foi, portanto, a ideia da “teoria geral dos sistemas”” (p.30). Noutra passagem, demonstrando a reorientação de sentido que a teoria dos sistemas proporciona (especialmente em relação às teorias reativas), BERTALANFFY anotou: “*The system concept tries to bring the psychophysiological organism as a whole into the focus of the scientific endeavour. [...] In contrast to the model of the reactive organism expressed by the S-R [stimulus-response] scheme —behaviour as gratification of needs, relaxation of tensions, reestablishment of homeostatic equilibrium, its utilitarian and environmentalistic interpretations, etc. — we come rather to consider the psychophysical organism as a*

todavia, que o *conceito* mesmo de sistema não se despreza da concepção original da teoria geral dos sistemas; e como tal, admite aplicação a quaisquer escaninhos da enciclopédia científica. Para mais, conceber a sistemática jurídica como uma metodologia tributária da teoria geral dos sistemas é uma atitude intelectual que, “*vis-à-vis*” da comunidade científica internacional, contribui para disseminar a aceitação da Ciência do Direito como disciplina genuinamente científica¹⁷³ (natureza que, não poucas vezes, foi-lhe já negada¹⁷⁴). Daí porque, onde houver pertinência, não descuraremos de esquadriñar o pensamento jurídico-sistemático à luz da teoria geral dos sistemas. Passemos a ele.

V. A nova sistemática jurídica supõe um Direito (objetivo) *dinamicamente ordenado e tendencialmente unitário* (o que não se confunde, advirta-se, com as pretensões universais e estáticas de coerência, completude e unidade do pensamento jurídico liberal-moderno — v. *infra* o tópico 23.1, n. I). Noutras palavras, a **adequação valorativa** e a **unidade interior** consubstanciam *premissas teórico-científicas e hermenêuticas* de toda a ordem jurídica¹⁷⁵.

Por *adequação valorativa*, entende-se a adstrição deontológica de juízes e legisladores aos padrões axiológicos do conjunto-objeto, i.e.,

primarily active system. [...] I, for one, am unable to see how, for example, creative and cultural activities of all sorts can be regarded as 'response to stimuli', 'gratifications of biological needs', 'reestablishment of homeostasis', or the like. [...] Man is not a passive receiver of stimuli coming from an external world, but in a very concrete sense creates his universe” (Bertalanffy, *General system...*, pp.194 e ss. [g.n.]).

¹⁷³ Nessa ensanchar, postulando a *estrita dependência* entre o caráter científico do Direito e a ideia de sistema, cf. Julius Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlin, Georg Stilke, 1925, pp.852-853. Também CANARIS parece correlacionar o pensamento sistemático ao “espírito da Ciência”, ao examinar a compatibilidade do modo de pensar *aporético* com os sistemas abertos e concluir que “*por certo nenhum físico ou nenhum químico iria ignorar um fenómeno contraditório perante os princípios até então existentes, mas a ninguém ocorreria ordenar, por isso, a Física e a Química na tópica*” (Canaris, *Pensamento...*, p.248).

¹⁷⁴ As correntes do *celetismo científico-jurídico* sustentam, com efeito, que o Direito não pode ser ciência, entre outras razões, porque o “justo” modifica-se sensivelmente no tempo e no espaço, ao sabor das variações ideológicas e legislativas, impedindo construções científicas exatas e atemporais; seria, pois, uma simples técnica (v., e.g., Miguel Reale, *Filosofia...*, pp.164-165). Ademais, seu objeto (do Direito) não é e nem pode ser equiparável ao(s) objeto(s) das ciências naturais: como observou ERLICH, “*sistematische Abstraktion, die bloß im Lehrvortrage oder in juristischen Büchern, nicht aber im Leben vorkommt*” (Eugen Erlich, *Die juristische Logik*, Aalen, Scientia, 1966 (reimpressão da 2ª ed., de 1925), p.269. Para CANARIS, enfim, o próprio VIEHWEG estaria a recusar à Ciência do Direito o seu caráter científico, desde quando caracterizou a tópica como a “**técnica** do pensamento problemático” e a elevou à condição de metodologia primordial do Direito: antiteticamente, em sua obra maior (“*Topik und Jurisprudenz*”), ele próprio houvera antagonizado “*a priori*”, com toda ênfase, os conceitos de “técnica” e de “ciência” (v. Canaris, *Pensamento...*, p.16 e, na mesma página, a nota n. 21)...

¹⁷⁵ Canaris, *Pensamento...*, pp.14-23.

“tanto o legislador quanto o juiz estão adstritos a retomar “consequentemente” os valores encontrados, “pensando-os, até o fim”, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais — ou, por outras palavras: estão adstritos a *proceder com adequação*”¹⁷⁶.

Trata-se, pois, de uma *adequação racional com relação a valores*, de base ético-axiológica, que deriva imediatamente do mais antigo e reconhecido postulado laico de justiça (na verdade, de “igualdade com justiça”, ou de *justa igualdade*), a saber, o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças¹⁷⁷. Logo, não se trata, aqui, de uma adequação racional de base cartesiana, eminentemente lógico-formal, que CANARIS termina por rechaçar quando inclui o “sistema lógico-formal” entre os “*conceitos de sistema que não se justificam a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica*” (com remissão expressa à malsinada jurisprudência dos conceitos e aos sistemas axiomáticos-dedutivos lógico-formais, como o de ULRICH KLUG¹⁷⁸).

¹⁷⁶ *Idem*, p.18.

¹⁷⁷ *Idem*, pp.18-19. Sobre o postulado ético da justa igualdade, vejam-se, e.g., as noções de *justiça comutativa* e de *justiça distributiva* em Aristóteles, ainda no século IV a.C. Cf. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, trad. Edson Bini, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2007, *passim*.

¹⁷⁸ *Idem*, pp.28-45 (citando KLUG na emblemática obra “*Juristische Logik*”, de 1966). No dizer do autor (agora remetendo a WEBER), “*um sistema lógico-formal é igualmente inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva. Não obstante, este ideal dominou por longo tempo a Ciência do Direito alemã, tendo os partidários da chamada “jurisprudência dos conceitos” firmado como objectivo a elaboração de um sistema desse tipo. MAX WEBER caracterizou o conceito de sistema em causa, de modo certo, na sua Sociologia do Direito, da forma seguinte: “Segundo os nossos actuais hábitos, ela (sic, a sistematização) traduz: a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os factos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial”. Nos bastidores desta concepção encontra-se, manifestamente, o conceito positivista de Ciência, elaborado tendo como ideais a Matemática e as Ciências da natureza. [...] Esta concepção da essência e dos objectivos da Ciência do Direito pode-se hoje, sem reserva, considerar como ultrapassada. De facto, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso. Pois a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico. Quem poderia seriamente pretender que a regra de tratar o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, pode ser acatada com os meios da lógica? Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teleologicamente*” (pp.28-30 — g.n.). Revela-se, por essa ótica, a vulnerabilidade essencial da concepção “sistemática” de SAVIGNY (*supra*, nota n. 168) que, sobre reconhecer que a legislação (i.e., o direito objetivo) só se exprimiria ao nível do *todo*, pretendia que o intérprete extraísse do próprio sistema, conforme o *sentido lógico-formal* de suas conexões sistemáticas, a regra aplicável ao caso; daí se falar, até hoje, em

Já por *unidade interior*, entende-se, na componente negativa (como outra emanção do postulado de justa igualdade), a tendência generalizadora da ideia de justiça, que preordena a ausência de contradições permanentes no sistema. E, na componente positiva, entrevê-se a ordem imanente que impede a dispersão do Direito em uma multiplicidade de valores singulares e desconexos, reconduzindo-o, ao revés, a critérios gerais relativamente pouco numerosos¹⁷⁹.

A sistemática jurídica proporciona, ainda, padrões razoáveis de determinabilidade e de previsibilidade no processo de interpretação/aplicação do Direito, o que lhe confere continuidade e estabilidade (= **segurança jurídica**)¹⁸⁰. Note-se que, nalguns países, a segurança jurídica chega a ter *status* constitucional¹⁸¹, o que mais reforça a necessidade de uma metodologia jurídica racional capaz de preservá-la. Como observado anteriormente (tópico 1.1), pode-se obter segurança jurídico-judiciária, em boa medida, com a rigorosa

interpretação **lógico**-sistemática. Somente mais tarde, em um segundo momento de sua obra (a partir do estudo “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”, 1814), admitiria, como fonte originária de todo o Direito, o “espírito do povo” (“*Volkgeist*”), i.e., a convicção jurídica da sociedade. A partir dessa premissa, sobrepôs o *costume*, em importância, à própria lei em sentido formal, e alvitrou a possibilidade de se deduzir regras jurídicas segundo a mera “intuição” do instituto jurídico (= intuição global de nexos orgânico). Cf., por todos, Karl Larenz, *Metodologia...*, pp.12-13.

¹⁷⁹ Canaris, *Pensamento...*, pp.19-21. Deriva dessa condição o curioso fenômeno de relativa **anomia** que, não raro, a *inflação legislativa* precipita (como se diria haver hoje, no Brasil, notadamente em alguns setores do tráfico jurídico, como o trabalhista e o fiscal): a multiplicação das leis implica, ao menos tendencialmente, o comprometimento da **unidade sistêmica**, na medida da paulatina inabilitação das instituições em controlar, segundo os critérios gerais de referência que estão em vigor (normalmente aqueles contidos nas constituições escritas), a produção e a sobrevida dos sucessivos atos legislativos editados. Assomam-se as contradições (negando a componente negativa), perde-se o sentido ético da normatividade (negando a componente positiva) e, no limite, o cidadão termina por *escolher* a conduta e/ou a interpretação que melhor lhe convém.

¹⁸⁰ *Idem*, p.22.

¹⁸¹ No Brasil, p. ex., deriva do Preâmbulo da Constituição (“*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]*” — g.n.). Na Espanha, decorre explicitamente do artigo 9º, 3, da *Constitución* (“*La Constitución garantiza el principio de la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*” — g.n.). Importante salientar, por outro lado, que o *direito constitucional à segurança* (sem adjetivações), quando propositiva e estritamente vinculado à *garantia de liberdade espaço-corporal* (como ocorre, e.g., no artigo 27º, 1, da CRP, e no artigo 17, 1, da CE), diz exclusivamente com esse liberdade, i.e., com a certeza de que a pessoa humana só poderá ter a sua liberdade individual limitada ou restringida nos casos e com as garantias que a Constituição predispõe. Nesse sentido, cf., respectivamente, Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, t. I, p.301, e José María Asencio Mellado, “*La libertad de movimientos como derecho fundamental*”, in *Derechos procesales fundamentales*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Enrique López López (org.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p.29.

vinculação das decisões judiciais aos ritos, às formas e à lógica cartesiana das subsunções literais; mas, por esse caminho, esteriliza-se o Direito, mingando-lhe a função de justiça concreta e o próprio caráter prudencial. O pensamento sistemático, por seu turno, preserva margens apreciáveis de segurança, sem comprometer a coerência axiológica do conjunto ou as possibilidades de realização de justiça concreta.

VI. A não ser assim, exsurgiria, como única alternativa palatável — e com o que, no último quartel, mais se resistiu ao pensamento sistemático —, a da **tópica material contemporânea**. Remontando-a a VIEHWEG (*“Topik und Jurisprudenz”*, 1953), dir-se-ia que essa alternativa metodológica mantém, dos clássicos (ARISTÓTELES, CÍCERO), a técnica do pensamento problemático orientado à obtenção de “afirmações evidentes” sobre o Direito (*método aporético*); repudia, porém, o viés puramente formal, que rejeita valores e proposições éticas ou empíricas e se circunscreve às análises lógicas da linguagem, para buscar conteúdos materiais¹⁸² (ou, na expressão de VIEHWEG, a sua “complementação substancial”¹⁸³).

Os **tópicos** (*“topoi”*), segundo VIEHWEG, são *pontos de vista* com validade geral e múltiplo emprego, por meio dos quais se ponderam os prós e os contras de cada opinião esgrimida, aproximando-se, por condução, do que é “verdadeiro” em cada caso. São, por assim dizer, os marcos que parametrizam a discussão problemática, emprestando centralidade ao *problema* (= caso concreto), de que partem e ao qual sempre regressam, sem se perder em engenhos dedutivos ancorados no “contexto inteligível” (LARENZ¹⁸⁴) ou na sua rede de valores e princípios. Cada *“topos”* suscita deduções de pequeno alcance, que podem chegar a constituir um microsistema, mas não têm pretensões de compatibilidade com os demais microsistemas, tramados em derredor de outros *“topoi”*, nem tampouco com o macrosistema envolvente (que não é pressuposto como tal¹⁸⁵). No

¹⁸² Cf. Arthur Kaufmann, *A problemática...*, pp.132-134.

¹⁸³ Theodor Viehweg, *Tópica...*, p.195.

¹⁸⁴ Karl Larenz, *Metodologia...*, p.202.

¹⁸⁵ Quanto a isso, pensando especialmente na pandectística alemã do século XIX, VIEHWEG registrou que, “por lo que respecta a la jurisprudência [leia-se Jurisprudência], es digno de ser tomado en cuenta que há realizado esfuerzos considerables pêro, en última instancia, infructuosos, para escapar a la situación pragmática y, con ello, a la retórica. En este contexto habría que mencionar la pandectística jurídica, tan apreciada sobre todo en Alemania. Ella aspiraba a construir, a partir de conceptos básicos, cuyos

fim, os *tópicos jurídicos* terminam por admitir quaisquer conteúdos, desde conceitos gerais (“declaração de vontade”, “parte essencial”) até princípios e regimes jurídicos materiais (como a tutela da boa-fé e a responsabilidade civil aquiliana), o que valeu, a VIEHWEG, a irrebatível crítica de LARENZ:

“Como se trata manifestamente de coisas diversas, não se consegue depreender com exactidão o que é que VIEHWEG entende por tópico jurídico. Aparentemente, considera como “tópico” *toda e qualquer* ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem. Perante a possibilidade de empregos tão variados, não é de surpreender que cada um dos autores que usam o termo “tópico”, hoje caído em moda, lhe associe uma representação pessoal, o que tem de ser levado em conta na apreciação das opiniões expendidas”¹⁸⁶.

Por outro lado,

“Mesmo quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar “topicamente”, no sentido de que determinados “tópicos” são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de “tópicos”, não se alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia se não pudesse oferecer mais que isso”¹⁸⁷.

Na verdade, os próprios textos de VIEHWEG permitem identificar, nítida e facilmente, o elevado grau de imprecisão dos “*topoi*”. Assim, p. ex., sobre as funções retóricas da tópica no âmbito jurídico, o jusfilósofo alemão assentou que

significados parecían estar fijados para siempre, un sistema jurídico “omnicomprensivo” (pandectista) y distinguir el así obtenido contexto sintáctico-semántico in thesi del contexto de acción fundante. Naturalmente, en la praxis argumentativa, este último se imponía siempre, a veces con la observación de que no se debía “desgarrar lo que en la vida se pertenece recíprocamente”. Desde luego, no se logró eliminar la estructura retórica básica, es decir, el juicio a partir de la situación de discurso; más bien, ella se puso permanentemente de manifiesto en la creciente extensión de los comentarios” (Theodor Viehweg, *Tópica...*, pp.199-200 — g.n.).

¹⁸⁶ Karl Larenz, *Metodologia...*, pp.203-204.

¹⁸⁷ *Idem*, p.204.

“Os *topoi* bem estão mais a serviço de um uso de linguagem do que, primariamente, guiam um comportamento. Com sua ajuda, pode-se pôr de manifesto como funciona *in praxi* a linguagem quando se passa do aspecto não-retórico da linguagem ao retórico. [...] O passo à retórica elimina algumas dificuldades que surgem do intento estéril de escapar à situação pragmática na qual sempre se fala. Os *topoi* são justamente adequados para iluminar esta situação do discurso que, de outra maneira, é dificilmente aclarável. Cumprem funções de diretrizes na ação lingüística. **Funcionam na linguagem como avisos operativos, como fórmulas detetoras, estímulos mentais, incitações criativas, propostas de entendimento, diretrizes lingüísticas para a ação, etc.** Note-se que os *topoi* são oferecidos, aceitados ou rechaçados pelos interlocutores que conversam ou discutem entre si, a fim de lograr uma opinião compartilhada. Dessa maneira, possibilitam uma criação comunicativa reciprocamente controlável”¹⁸⁸.

Percebe-se, na passagem, o quanto a tópica contemporânea ainda é tributária da tópica clássica, formal e procedimentalista, adstrita à lógica da linguagem. Também salta aos olhos as dificuldades de VIEHWEG em *definir* o que possam ser, em substância, os seus herméticos “*topoi*” (ou — o que é mais provável — a sua recusa deliberada em fazê-lo). Chama a atenção, enfim, o fato de que, debruçando-se sobre questões específicas de **processo**, VIEHWEG evoque-as para ilustrar a *tópica formal*¹⁸⁹, referendando soluções puramente procedimentais, que prescindem de quaisquer “complementos substanciais” (como se, sintomaticamente, os “*topoi*” jurídico-materiais não servissem à argumentação e à problematização processual).

VII. Com efeito, ao tratar da legitimação *pelo discurso* e dos *deveres de comunicação* que acompanham o diálogo no processo intelectual de criação jurídica,

¹⁸⁸ Theodor Viehweg, *Tópica...*, pp.198-199 (g.n.). Anote-se, porém, que a ideia de **criação comunicativa reciprocamente controlável**, pautada pelo **consenso**, não se perde com o acolhimento metodológico da sistemática. Aliás, bem ao contrário, estará por trás da ideia de **racionalidade** (pós-moderna) pressuposta no modelo de decisão a se construir. Cf., *supra*, as notas ns. 132, 140 e 141. Cf., ainda, Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, Band 2 (*Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*), pp.580-587; e, do mesmo autor, *Direito e Democracia...*, v. I, p.41 e ss. (“[...] o mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais — tudo reproduzido pelo agir comunicativo [...]”); enfim, para o contraponto habermasiano a LUHMANN (pela via da ação comunicativa), cf. Alfred Büllesbach, *Princípios...*, pp.438-441.

¹⁸⁹ Theodor Viehweg, *Tópica...*, pp.183-184.

VIEHWEG reporta-se aos deveres discursivos de *afirmação, fundamentação, defesa e explicação*. São deveres que, no processo judicial, manifestam-se, p. ex., como princípios (assim, *e.g.*, o princípio dispositivo e o da correlação entre a demanda e a sentença), deveres (assim, *e.g.*, o de litigar de boa-fé), ônus (assim, *e.g.*, o de deduzir a “*causa petendi*” sob pena de indeferimento exordial por inépcia, ou aqueles que se distribuem na repartição do ônus da prova — para VIEHWEG, “*uma das mais eficazes instituições processuais que vincula com sensíveis sanções a violação dos deveres comunicativos*”) e proibições (assim, *e.g.*, a vedação do “*non liquet*”). Na sequência, observa — sem entrever nisso qualquer justificação material — que, tanto no processo civil como no processo penal, o demandante tem de cumprir o “dever” de demonstrar o fundamento de sua demanda, sob pena de decisão favorável ao demandado; isso significaria que, “*no fundo, decide um dever processual que se pode justificar a partir de toda situação comunicativa do discurso*”. E arremata:

“Decide, pois, um *officium* retórico fundamental e, por isso, é bem notável que recentemente a filosofia lhe tenha conferido uma extraordinária importância. A epistemologia filosófica contemporânea impõe ao discurso, como atuar teórico, deveres retóricos. Dito brevemente: quando alguém fala tem de poder justificar seu discurso. Só o cumprimento dos deveres do discurso, especialmente o respeito dos deveres de defesa e explicação, garantem asseverações suficientemente confiáveis nas quais existe indiscutivelmente um interesse geral. Só assim se pode manter um diálogo racional que permita, em uma medida ótima, a justificação das asseverações teóricas e práticas. Pode-se ver que também aqui o regresso à situação do discurso, é dizer, à situação pragmática inicial, facilita a compreensão do processo de entendimento inventivo”¹⁹⁰.

Deu-se aí, à luz da tópica e da “nova retórica”, uma justificação meramente formal para a sucumbência por incumprimento do ônus de demonstração (ou, concretamente, do ônus da prova), com o que se logrou reduzir a justiça da decisão à sua legitimidade estritamente procedimental. VIEHWEG olvidou, entretanto, que o “*topos*” da repartição processual do “*onus probandi*” pode se inverter por um ato legislativo de vontade (como

¹⁹⁰ *Idem*, p.184.

ocorre, *e.g.*, nos litígios laborais e de consumo¹⁹¹), o que não se explica pela estrutura formal da situação pragmático-comunicativa, nem pela distribuição natural dos deveres de comunicação, mas pelo **conteúdo ôntico** da relação jurídico-material subjacente. Impende reconhecer, por conseguinte, que os deveres de comunicação podem subordinar-se, no processo judicial ou fora dele, à **materialidade** da relação jurídica em causa; e, nessa hipótese, a racionalidade do discurso refoge a um modelo exclusivamente dialógico focado na situação concreto-pragmática, deitando raízes em valores fundantes do sistema “omnicomprensivo”. Somente assim se podem justificar na lei — ou se descobrir fora dela — as reversões da ordem natural de disposição dos deveres discursivos. Negando-se, porém, a existência de um macrossistema e a sua aptidão omnicomprensiva, essas reversões — sobre existirem no direito posto e na praxe forense — despem-se de toda coerência, para se tornar flagrantemente *arbitrárias*.

VIII. Daí, a nosso juízo, a inaptidão da tópica — mesmo se *material* — para servir como modo e instrumento primordial da Ciência do Direito (sem se perder de vista, por evidente, o seu inegável *papel complementar*¹⁹²); e, muito especialmente, a sua inaptidão para explicar e estandardizar as inflexões do devido processo formal.

¹⁹¹ Diga-se, por justiça, que as *inversões legais do ônus da prova*, notadamente as de *ubicação setORIZADA* (como são as referidas no texto), eram incomuns ao tempo de “*Topik und Jurisprudenz*” ou dos escritos que compuseram a coletânea catalã (“*Tópica y filosofía del derecho*”). Acresça-se, também por justiça, que nos prolegômenos do capítulo ora ventilado, VIEHWEG alertara para a sua intenção de seguir desenvolvendo a tópica jurídica no marco da retórica, deixando de lado, por um momento, a tópica material: “[...] *se intentará — con la ayuda de investigaciones crítico-lingüísticas y de la nueva retórica — hacer avanzar unos pasos la tópica formal*” (p.176). Causa espécie, porém, que nem ao menos tenha *cogitado*, a essa altura, de “*topoi*” materiais no plano do processo; ou — como ressaltado *supra* — que tenha se servido do *processo* para exemplificar um emprego contemporâneo da tópica formal.

¹⁹² “*Embora [...] a tópica não possa abarcar, com correção e no fundamento a estrutura da Ciência do Direito, há no entanto áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar. Elas surgem sobretudo onde falem valorações legais bastantes e onde, por isso, não haja espaço para o pensamento sistemático. [...] Nessas áreas, a tópica é, por um lado, um mero recurso e um primeiro passo para uma determinação sistemática, representando também, por outro, o único processo justificado. Este último caso verifica-se, sobretudo onde a própria lei remeta, em branco, para o “common sense” e deixe ao juiz a determinação das máximas da “actuação correcta” e onde a lei requeira erupções da “tendência individualizadora” da justiça contrária ao sistema e, por isso, exija a orientação ao caso concreto — de acordo com a tópica*” (Canaris, *Pensamento...*, pp.288-289). Em poucas palavras: nos **julgamentos por equidade** (como se dá, no Brasil, com o artigo 1109 do CPC, para os procedimentos especiais de jurisdição civil voluntária, e com o artigo 852-I, §1º, da CLT, para o procedimento laboral sumariíssimo) — o que está quase explícito no texto, ante a referência à “tendência individualizadora” da justiça — e, ainda, nos casos de **lacunas extrassistemáticas** (que, à mercê da vedação do “*non liquet*”, exigem soluções casuísticas, *i.e.*, sumamente “individualizadoras”). Daí concluir CANARIS que “*a oposição neter o pensamento sistemático e a tópica*”

A tanto não se presta, a uma, por sua **linearidade**. A investigação tópica, centrada na problematização casuística, leva à perda da noção de conjunto/complexo, uma vez que, p.ex., não focaliza as consequências da decisão em outros contextos problemáticos ou especificamente litigiosos. Pode engendrar, no limite, um déficit de coerência global que compromete a credibilidade da ordem jurídica objetivo-positiva.

A duas, pela sua **acientificidade**. A linearidade e a renúncia às interações que transcendem o problema concreto condicionam soluções que, não raro, são irrepetíveis noutro contexto, ainda que sob mesmos pressupostos formais (pense-se, e.g., na antecipação “*ex officio*” dos efeitos da tutela de mérito que se concede ao trabalhador, “*ex vi*” da incontrovérsia factual e do quanto dispõe o artigo 273, §9º, do CPC, mas que não se concede, em mesmas condições de incontrovérsia, ao empresário). Ademais, como se viu, hodiernamente sequer se cogita de uma abordagem genuinamente *científica* que não passe por formulações sistemáticas (*supra*, nota n. 173); não por outra razão, VIEHWEG resistiu em reconhecer caráter científico à abordagem tópica, preferindo designá-la como “técnica” (*supra*, nota n. 174).

A três, pela sua **arbitrariedade**. Nos dois níveis da metodologia tópica, os tópicos e os catálogos de tópicos são eleitos e organizados arbitrariamente (conquanto se procure, no segundo nível, pontos de vista “adequados” ao problema concreto — sem se esclarecer, porém, quais sejam esses padrões de adequação)¹⁹³. Isso significa que a problematização pode ser “conduzida” pelo sujeito, franca ou inadvertidamente, conforme suas propensões e humores, sem as margens de segurança da ancoragem sistêmica. É dizer: a tópica — máxime a formal — tem aptidão para reintroduzir, nas instâncias mais sutis do discurso jurídico-judiciário, a legitimidade dos sofismas.

E, a quatro, pela **condição ôntica do objeto**. A ordem jurídica objetivo-positiva, na qualidade de *objeto* (= sistema objetivo) da Ciência do Direito (= sistema científico), é indiscutivelmente um conjunto/complexo de partes que interagem fortemente entre si e, por

não é, assim, exclusivista. *Ambas as formas de pensamento antes se completam mutuamente, interpenetrando-se, até, em parte*” (p.289 — g.n.).

¹⁹³ Karl Larenz, *Metodologia...*, pp.202-203.

assim dizer, produzem *sinergia*. Isso significa que o “todo” não equivale à mera soma das “partes”; assim, p. ex., não se pode dizer que o Direito seja tão só um “conjunto” de normas-princípios e normas-regras, porque a reprodução simples do mesmo catálogo de princípios e regras em um outro espaço geográfico, sujeito a outras “coações fixas” (fatores culturais, econômicos, históricos, geopolíticos, etc.), certamente produzirá *outro* Direito. É o que explica, aliás, a intensa diferenciação dos sistemas jurídicos romano-germânicos, com notáveis idiosincrasias, malgrado a origem e o substrato comum¹⁹⁴. Prova-se, com isso, que os sistemas jurídicos são *sensíveis* ao seu entorno e *permeáveis* aos influxos ambientais, a ponto de a sua condição ambiental interferir com o próprio modo de interação dos fatores intrassistemáticos (regras, princípios, valores, institutos, etc.), além de introduzir novos elementos. Nesse ínterim, torna à mesa a advertência de BERTALANFFY (*supra*, nota n. 156), por tudo aplicável ao dilema em testilha: uma “entidade” com tais características, constituída de partes sob forte interação e dinâmica compreensiva helicoidal, não atende aos pressupostos necessários para o emprego bem-sucedido de *procedimentos puramente analíticos* (pressupostos que, vimos, são a debilidade ou inexistência de interações entre as partes do conjunto e a sua fundamental linearidade). Exige-se, ao revés, uma metodologia própria, de fundo sistêmico (ou, na espécie, a *sistemática jurídica*). Dir-se-ia, inclusive, que a *tópica* — mesmo a material — não é, “*mutatis mutandis*”, mais do que a aplicação de um *procedimento analítico* ao problema jurídico-concreto¹⁹⁵, decompondo-o em seus termos e prosseguindo conclusões aporético-dialéticas pontuais que devem “conduzir à verdade”; desconsideram-se, porém, as interações dos “*topoi*” com quaisquer outros elementos (intra e extrassistemáticos) que não contenham, “*in casu*”, especificidade problemática. Argumenta-se com foco próprio, mas cadência imprópria, a sugerir, falsamente, uma “linearidade” que o sistema jurídico objetivamente não conhece.

¹⁹⁴ A esse respeito, cf., e.g., John Gilissen, *Introdução...*, pp.127-131. GILISSEN anota, perspicazmente, que “*estes sistemas jurídicos [de tradição romano-germânica] não evoluíram todos da mesma maneira durante a Baixa Idade Média e a Época Moderna; os factores políticos, económicos e sociais desempenharam um papel fundamental, favorecendo tanto a unificação do direito, como o particularismo local, como ainda o paraecimento de instituições novas sob a pressão do desenvolvimento económico*” (p.130).

¹⁹⁵ Não por outra razão, KAUFMANN inclui, entre os precedentes metodológicos da *tópica* material de VIEHWEG e do método aporético de CHAIM PERELMAN, a chamada “**teoria analítica do direito**”, de BERTRAND RUSSEL e ALFRED WHITEHEAD, “*fortemente influenciado pela matemática, mas também na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein*” (Arthur Kaufmann, *A problemática...*, pp.132-133).

Tais são os nossos motivos. Em síntese, e voltando ao Direito, restaria objetar, com CANARIS, que

A tópica é, [...] basicamente, inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do Direito; pois aquando da aplicação do Direito, as premissas não se legitimam a partir da “opinião de todos ou da maioria ou dos sábios” mas sim do Direito positivo e isso mesmo quando este não coincida com aqueles. Em especial, a tópica não consegue oferecer nenhum critério acertado para a resposta à questão decisiva de a qual de entre vários “tópicos”, que pela sua natureza apenas podem ser *propostas* de solução, se deve reconhecer a primazia; **só o sistema pode, em regra, cumprir essa função de escolha.** [...] Esta insuficiência da tópica perante o princípio da sujeição da aplicação do Direito à lei resulta de os seus partidários não distinguirem suficientemente entre as tarefas da legiferação e as da jurisprudência; eles desconhecem, sobretudo, que a jurisprudência tem parcialmente a ver com a *execução* compreensiva de valorações já colocadas, mas não com uma *escolha* tópica de premissas e que, por consequência, ela é fundamentalmente uma doutrina do “entendimento justo” e não uma doutrina da “actuação justa”. Além disso, **o pensamento tópico está sempre orientado o mais estreitamente possível para o problema singular e corre, por isso, sempre o perigo de ignorar a regra da unidade interior e da adequação da ordem jurídica**¹⁹⁶.

Exceção feita, em parte, à assertiva penúltima (cf. nota n. 195), é como, afinal, posicionamo-nos.

IX. Logo, e por tudo isso, há mesmo de ser o **pensamento sistemático**, a um tempo, “*modus interpretandi*” e “*instrumentarium*” paradigmático do *método jurídico* (*supra*, § 4º). O Direito (objetivo), na sua dimensão ôntica (= *entidade*), torna-se ele próprio o *objeto* da sistemática jurídica, o que significa ter de ser, sempre, compreendido e examinado como um *sistema complexo* de institutos, princípios e regras. Eis os pressupostos primeiros — metodológicos — de nossa investigação.

¹⁹⁶ Canaris, *Pensamento...*, pp.287-288 (g.n.). Convém pontuar, todavia, nossa **discordância** com as ilações finais do excerto: como se demonstrará no percurso da Tese, uma abordagem sistêmica da ordem jurídica objetivo-positiva pode conduzir a uma doutrina que seja, a um tempo, do “entendimento justo” (notadamente no campo da *interpretação* do Direito) e também da “atuação justa” (notadamente no campo da *aplicação* do Direito).

Tais assertivas são ainda mais verdadeiras quando se acata — como havemos de acatar — a ideia do Direito e de sua ciência como **sistemas abertos**.

No escólio de CANARIS, cada sistema é, em si mesmo, um projeto de sistema, o que indica a sua *incompletude* e a *provisoriedade* do seu conteúdo de conhecimento; daí a sua **abertura**. O sistema não pode ter a aspiração de fixar a ciência ou congelar-se num determinado estado; pelo contrário, são tarefas suas “*o exprimir o quadro geral de todos os reconhecimentos do tempo, o garantir a sua concatenação entre si e, em especial, o facilitar a determinação dos efeitos reflexos que uma modificação (do conhecimento ou do objecto), num determinado ponto, tenha noutro, por força da regra da consequência interior*”¹⁹⁷. Reconhecer ao sistema jurídico — tanto o *científico* (“*in casu*”, a Ciência do Direito) quanto o *objetivo* (“*in casu*”, a ordem jurídica objetivo-positiva) — tais aptidões chega a ser, para o presente estudo, uma “*conditio sine qua non*”, já que se pretende *rever* lugares-comuns recorrentes da doutrina e da jurisprudência (*supra*, tópico 1.2), que passam por uma reverência mítica ao devido processo formal e à natureza abstrata do direito de ação.

Atente-se a que esse caráter aberto implica admitir e assimilar a historicidade da ordem jurídica concreta, que incorpora novos princípios e valores — inclusive “valores fundamentais constituintes”¹⁹⁸ — e experimenta câmbios sucessivos de estrutura e conteúdo (= *modificabilidade potencial* do sistema objetivo). Tal modificabilidade determina, obviamente, progressos adaptativos no próprio sistema científico; mas, no sentido oposto, é mister reconhecer que as modificações experimentadas inicialmente pelo *sistema científico* também se espraiam para além dele, interagindo com a ordem jurídica objetivo-positiva e induzindo-lhe alterações, que tanto podem derivar de valores imanentes, de antemão, ao próprio sistema objetivo, como podem ainda derivar de elementos extrassistemáticos, que não encontram verdadeira legitimação na ordem jurídica objetivo-positiva, mas tão só um esteio retórico (donde a referência, nalguns nichos de doutrina, a

¹⁹⁷ Canaris, *Pensamento...*, p.106.

¹⁹⁸ Com relação a isso, notadamente no campo dos *direitos humanos fundamentais*, veja-se, por todos, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 01-02 e 15 e ss.

uma “ordem jurídica extralegal” — “*außergesetzliche Rechtsordnung*”¹⁹⁹ — ou, ainda, a um “direito pressuposto”²⁰⁰)²⁰¹. Essa constatação terá papel estratégico em ulteriores desenvolvimentos, notadamente no que diz com a concepção de um modelo de decisão *permeável e inclusivo*.

X. No que toca à **mobilidade**, CANARIS remonta ao conceito de WILBURG (“*Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*”, 1950) e pondera que a *mobilidade* de um sistema não se confunde com a sua *abertura*: a abertura diz com a modificabilidade dos seus elementos, enquanto a mobilidade respeita à **igualdade fundamental de categoria** e à **substituibilidade mútua** desses mesmos elementos (“*in specie*”, os *critérios de decisão* válidos para uma dada matéria regulativa concreta)²⁰². Essas características não ferem o princípio da *ordem*, imanente à ideia de unidade interior do sistema, porque o postulado da igualdade fundamental cinge-se à esfera dos critérios de decisão de uma dada matéria (*e.g.*, responsabilidade civil), *i.e.*, daquelas máximas de decisão — “forças móveis” — que relevam para o problema; e, desse modo, vai ordená-las (“*a igualdade na ordenação é, ainda, uma forma de ordem*”²⁰³) ou mesmo hierarquizá-las (assim, *e.g.*, com a eleição de critérios subsidiários de justiça).

Tampouco há ferimento da *hierarquia das fontes*, desde que se tenha em mira um conjunto de critérios de decisão entabulados para um dado marco regulatório, oriundos de fontes presuntivamente alinhadas (*e.g.*, critérios de ancoragem puramente constitucional, como em certos dilemas de devido processo legal; critérios de ancoragem puramente

¹⁹⁹ Cf., *e.g.*, Franz Wieacker, *Gesetz und Richterkunst: Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, Müller, 1958, *passim*.

²⁰⁰ Cf., *e.g.*, Eros Roberto Grau, *Direito posto e direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2002, *passim* (negando, porém, qualquer caráter “metáfisico” ao direito pressuposto). V., ainda, Alaôr Caffé Alves, Celso Lafer, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparado, Goffredo da Silva Telles Junior, Tercio Sampaio Ferraz Junior, *O que é a filosofia do direito?*, Barueri, Manole, 2004, pp.33-50 (“*O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito*”, da lavra de EROS GRAU).

²⁰¹ Canaris, *Pensamento...*, pp.114-124.

²⁰² *Idem*, pp.127-134. V. também Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht: Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950*, Graz, Jos. A. Kienreich, 1950, *passim*; ou mais recentemente, na tradução para o inglês, *The development of a flexible system in the area of private law: inaugural address as rector magnificus of the Karl-Franzens University in Graz on November 22, 1950*, trad. Herbert Hausmaninger, Wien, Manz, 2000, *passim*.

²⁰³ *Idem*, p.132.

infraconstitucional, como em certos dilemas de responsabilidade civil; ou mesmo critérios de ancoragem puramente infralegal, como em certos dilemas de conteúdo e forma dos atos de polícia praticados em atividades econômicas reguladas administrativamente). Nem sempre, porém, depara-se com um quadro objetivo-positivo de semelhante “pureza”; ao contrário, há sempre estratos hierárquicos a considerar, ditados pelo poder político constituinte e/ou legiferante. Resulta disso que os sistemas jurídicos contemporâneos dotados de Constituição escrita — como o brasileiro, o português e o alemão — tendem a ser *fundamentalmente imóveis*, ou seja, há uma *prevalência fundamental* das partes rígidas do sistema (pense-se, *e.g.*, na supremacia das normas constitucionais, no princípio da legalidade ou, ainda, na absoluta rigidez das chamadas “cláusulas pétreas constitucionais”).

Nem por isso, deixa-se de reconhecer a **mobilidade parcial** do sistema, inevitável e necessária, tanto no plano das normas-regras (CANARIS refere o artigo 254 do *BGB*, que condiciona o montante da indenização às “*circunstâncias*”, se concorreu também a culpa do lesado²⁰⁴) quanto — e *sobretudo* — no campo das **normas-princípios**.

Entre essas últimas, com efeito, não vige o “*all-or-nothing*”²⁰⁵ e, por consequência, há sempre **mobilidade** na acepção de WILBURG. Daí a relevância, em todo este contexto, do **princípio da proporcionalidade** (*infra*, §14º), como critério equalizador e ordenador dessa mobilidade. No trato das inflexões do devido processo formal, será essencialmente de *normas-princípios* que cuidaremos; e, já por isso, reconhecer no sistema a existência de *partes móveis* é, sem dúvida, um pressuposto para tudo quanto se demonstrará. É o que intuiu WILBURG ao propugnar que, no processo executivo, o princípio da igualdade dos credores quirografários fosse relativizado, admitindo prelações baseadas em concatenações mais elásticas de diferentes “princípios jurídicos”, que dizem p.ex. com o “prosseguimento do valor”, com a punição à concessão descuidada de crédito e com a proteção social de pequenos credores²⁰⁶ (ideias que, a rigor, são mais expressões linguísticas de pré-compreensões e de pós-prospecções do que, propriamente, elementos do sistema jurídico

²⁰⁴ *Idem*, p.135.

²⁰⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp.24-27. Vide, *infra*, o § 24º.

²⁰⁶ Cf. Canaris, *Pensamento...*, pp.139-140.

objetivo-positivo). É precisamente essa *mobilidade* que tem produzido, no Brasil, decisões judiciais que “relativizam” a impenhorabilidade absoluta de salários em caso de credor trabalhador (*supra*, tópico 1.1); logo, tal mobilidade chega a ser um *pressuposto* das inflexões formal-processuais.

Objetar-se-ia que, ao se reconhecer a imobilidade fundamental dos sistemas jurídicos há pouco referidos, não se poderia mais falar em “sistema móvel”, mas, quando muito, em “sistema parcialmente móvel”, ou em “sistema relativamente móvel”, sob pena de induzir a erro o leitor. Ora, a ser assim, teríamos também de designá-lo como “relativamente aberto” (ou “relativamente fechado”), porque obviamente a ordem jurídica objetivo-positiva não está permeável a *qualquer* influxo externo, nem internaliza *qualquer* pulsão social. Para isso, aliás, a necessidade de um **modelo de decisão** que, em tema de “*due process of law*”, faça distinguir o joio do trigo naquele processo de assimilação. Então, teríamos de aludir, sempre, a um sistema “relativamente aberto” e “relativamente móvel”... Sabendo-se disso, simplificaremos a locução, sem prejuízo do que aí está subentendido (e agora explicitado), e diremos apenas do “sistema móvel e aberto”.

XI. É essa natureza sistêmica **aberta** e **móvel** do Direito (= sistema objetivo) que permitirá, adiante, a construção de um modelo de decisão **racional, permeável e inclusivo** (*supra*, §2º).

A **racionalidade** será tributária da própria metodologia empregada, de cunho sistêmico, construindo enunciados e proposições que tomem em consideração os objetivos — totais e parciais — do sistema objetivo (= ordem jurídica objetivo-positiva), as suas componentes (regras, princípios, institutos, etc.), as “coações fixas” (i.e., as componentes culturais, políticas e econômicas que circunscrevem o sistema jurídico) e os seus recursos (i.e., “o reservatório geral a partir do qual as ações específicas do sistema podem ser formadas”²⁰⁷, o que significa conhecer as *potencialidades* do sistema e, “*a contrario*

²⁰⁷ Churchman, *The Systems...*, p.63.

sensu”, as suas limitações²⁰⁸), subministrando padrões para uma *dogmática de decisão* que operacionalize as inflexões do devido processo formal com relativa segurança e previsibilidade, otimizando os conteúdos de justiça material. Nas tensões entre as finalidades do sistema e as coações fixas ambientais, mediará o *consenso do razoável*, como eixo axiológico de uma racionalidade não cartesiana. Alfim, obter-se-á, na expressão de CHURCHMAN, um **plano para a administração do sistema**²⁰⁹ no marco do processo, com ganhos prováveis para o seu rendimento²¹⁰, em termos de incremento e controle.

A **permeabilidade** do modelo de decisão decorrerá da sua talhadura com vista à aplicação em um sistema objetivo *aberto*. Tal “abertura” tem de ser assimilada pelo modelo e deve nele refletir-se, permitindo a receção controlada de pré-compreensões e/ou pós-prospecções de origem extrassistemática que detenham acentuada relevância, direta ou indireta, para a composição de determinado litígio. Decidir exclusivamente segundo os elementos já consolidados estruturalmente na ordem positiva, ignorando “*tout court*” o ambiente do sistema e as suas “coações fixas” — como quando, *e.g.*, deixa-se de conceder uma liminar satisfativa em detrimento da Fazenda Pública, à vista dos artigos 1º, §3º, e 2º da Lei n. 8.437/92, e com isso se deixa perder uma vida, pela demora do Estado em

²⁰⁸ Aspecto particularmente importante quando couber estabelecer o teor do *núcleo essencial irreduzível* da garantia fundamental do devido processo legal formal, impassível de inflexões (o que implica identificar, na espécie, o **limite** às restrições possíveis ao “*procedural due process*”).

²⁰⁹ Churchman, *The Systems...*, p.69. As expressões do texto são, por óbvio, meramente esquemáticas. Não se pretende construir um modelo estritamente matemático, nem tampouco pensar a administração da justiça segundo modelos de administração de empresas. Nada obstante, a terminologia de CHURCHMAN serve bem à ilustração do tipo de **racionalidade mínima** que aspiramos; empregamo-la, até porque não temos o mesmo prurido terminológico que motivou a crítica de CANARIS às expressões de WILBURG (“forças móveis”, “elementos”) em sua teoria da responsabilidade civil (Canaris, *Pensamento...*, p.129, nota n. 8). Note-se, outrossim, que “racionalidade” não significa necessariamente “racionalidade liberal-moderna” (*infra*, tópico 11.1).

²¹⁰ Como visto *supra* (nota n. 157), o rendimento do sistema diz com a sua capacidade de atender aos próprios objetivos. No Direito, discutir o “rendimento” do sistema jurídico implica discutir quais são os seus objetivos (reais e declarados, legítimos ou ilegítimos) e em que medida são atendidos. Apenas essa discussão mereceria, “*de per se*”, uma tese de Filosofia do Direito; jamais um rodapé. Mas, não sendo esse o nosso propósito, bastar-nos-á, a esta altura, identificar, como objetivos gerais do sistema jurídico, o “*suum cuique tribuere*” (= justiça material) e — na perspectiva do processo — a justa composição do litígio. Por conseguinte, esboçar um modelo de decisão que *incremente*, em seara processual, a realização desses objetivos, sem prejuízos viscerais à segurança jurídica, será decerto contribuir para a administração geral do sistema jurídico objetivo-positivo.

adquirir certo medicamento ou equipamento médico²¹¹ — configura, as mais das vezes, o que acima denominei de **injustiça sistêmica** (tópico 1.3).

E, por derradeiro, a **inclusividade** relaciona-se tanto com a *abertura* do sistema objetivo, como também com a sua *mobilidade* (no sentido de WILBURG). Trata-se de um sistema cujo conteúdo se modifica com o tempo, diferenciando novas componentes e ampliando o plexo de recursos, conforme ocorra a conversão dos fatores extrassistemáticos, recepcionados nos porosos limites do sistema, em *proposições jurídicas* assimiláveis pela Ciência do Direito (sistema científico) e praticáveis no discurso jurídico, substituindo elementos anacrônicos anteriormente dados. Noutras palavras, os valores e objetivos extrassistemáticos, uma vez recepcionados, não podem preservar a sua forma bruta; devem, antes, ser reduzidos à linguagem própria do sistema que os recepciona, para que possam adiante interagir com normalidade nos processos de concreção e “autopoiese” do sistema, adquirindo — no mesmo marco regulatório — *substituibilidade* em relação a outros elementos do sistema. O modelo em causa deve predispor a cláusula do devido processo a esse grau de renovação sistemática.

XII. Pelo exposto, resulta evidente que o modelo de decisão ora alvitado passa por aquilo que, na “*Introdução à edição portuguesa*” do “*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*” (CANARIS), MENEZES CORDEIRO denominou de **integração vertical**. Por ela, alarga-se o processo de realização do Direito — inclusive em seara processual — em dois sentidos: “*a montante, através do pré-entendimento e a jusante, com recurso à ideia de sinépica*” (cf., *supra*, §2º, n. III, “η” a “υ”, e nota n. 136); consequentemente,

“todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição — a interpretação deve ser conforme com a Constituição, os

²¹¹ Não se trata de mera hipótese acadêmica, ao menos no Brasil. Casos há, aliás, em que a própria inefetividade de uma liminar *concedida* redundava em danosidade irreparável. No dizer de FLÁVIO JOSÉ DOS SANTOS, “[n]ão são raros os casos morte de pacientes graves enquanto aguardam o cumprimento das decisões judiciais para fornecimento de medicamentos, tratamento de alto custo, internações em UTI, etc.” (“*A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos*”, in *Jus Navigandi*, Teresina, Jus Navigandi, ano 16, n. 2809, 11.03.2011, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18627> — acesso em 04.01.2013).

diversos dados normativos relevantes e **os próprios níveis instrumentais, como o processo**. [...] A especialização dos juristas deve ser complementada com novas sínteses e conexões que, à realização do Direito, dêem todas as suas dimensões”²¹².

Um modelo assim não se poderá construir em bases puramente problemáticas, que neguem ao Direito a sua estrutura sistemática, não reconheçam a complexidade plástica e interativa do seu conjunto e o reduzam ao binômio praxe-sintaxe. Eis porque, nos lindes desta Tese, **o pensamento tópico não é uma alternativa**. A rigor, o estado de incerteza e desencontro aparentado pelas inúmeras “*rationes iuris*” subjacentes às inflexões contemporâneas do devido processo formal (notadamente em alguns sistemas nacionais, como no Brasil — *supra*, tópico 1.1), algumas apegadas a pequenas querelas do texto legal, outras alardeando a descoberta de grandes novos princípios constitucionais, mas todas razoavelmente ligadas a *pré-compreensões* e/ou *pós-prospecções* do julgador, é um pálido reflexo do que o *pensamento tópico* pode produzir, em matéria de “*due process of law*”. Cada qual com a sua razão; cada qual com os seus fundamentos, todos valiosos e irrefutáveis na linearidade da problematização casuística. E, ao cidadão, a incerteza.

Caminhemos por outra senda.

5.2. A FALÁCIA DO JUIZ “NEUTRO”

I. A ideologia liberal incutiu nas convicções do jurista moderno a ideia de que, no plano psicológico, a atividade jurisdicional resume-se a uma atitude cognitiva-objetivante, que reconhece os fatos como são — ou como podem ser provados — e os relaciona às normas jurídicas correspondentes, numa operação lógico-cartesiana de identificação de semelhantes conhecida como “*subsunção*”. *Grosso modo*, essa operação pouco diferiria daquela realizada por crianças que aprendem a recusar previamente o encaixe de figuras quadriláteras em espaços circulares. Mesmo hoje em dia, encontram-se nichos onde ainda vicejam tais convicções — inclusive nos quadros judiciários. A isso, OVÍDIO BAPTISTA

²¹² António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “Introdução à edição portuguesa”, in *Pensamento...*, pp.CIX e CXI-CXII (g.n.).

designou como “geometrização do Direito”, fenômeno cultural intrínseco ao processo de feitiço liberal; e, nessa ensanча, arremata:

“A suposição de que a jurisdição seja apenas *declaratória* de direitos [do latim *iuris + dictio*, i.e., “dizer o Direito”] é uma das conseqüências dessa mesma “geometrização” aplicada ao direito. A “matemática jurídica” está tão profundamente arraigada em nosso pensamento que, ao depararmo-nos com uma sentença proferida em causa de que tenhamos sido parte, diremos com a maior tranquilidade, como Locke dissera nesse parágrafo²¹³, que o julgador “errara”, ao julgar contra nós; ou que ele “acertara” — como erramos e acertamos qualquer problema matemático —, quando nos der ganho de causa. [...] O *conceitualismo* que sustenta o pensamento dogmático na ciência processual alimenta-se dessas vertentes doutrinárias. É ele **a grande barreira oposta à criação jurisprudencial do Direito**, conseqüentemente à Hermenêutica”²¹⁴.

Deve-se ter por adquirido, porém, que os mecanismos de intelecção jurídica — e, nesse universo, o próprio processo legal-formal — não funcionam assim, nem jamais funcionaram. A decisão judicial é, antes de mais, um **ato de vontade comunicativa**. E o juiz, como toda pessoa humana, é um “*homo socialis*”. Não é, simplesmente, “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (MONTESQUIEU²¹⁵). Vive em sociedade e absorve os seus padrões culturais, os seus valores, os seus objetivos e até mesmo os seus preconceitos, que vão necessariamente informar o seu modo de ver o mundo, amiúde refletido nas sentenças que prolata.

²¹³ O autor refere-se aos “Ensaaios” de JOHN LOCKE, no qual o racionalista inglês declara-se “*inclinado a pensar que a moral é capaz de demonstração, tanto quanto as matemáticas*”, e entrevê evidência euclidiana em aforismos como “*onde não há propriedade não há injustiça*” e “*nenhum governo permite liberdade absoluta*” (aforismos “certos” ou “verdadeiros”). Cf. John Locke, *Ensaio acerca do entendimento humano*, trad. Anoar Aiex, in *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1973, v. XVIII, pp.139-350 (especialmente livro IV, capítulo III, § 18, e livro III, capítulo XI, § 16: a moral pode ser matematicamente aferida, porque “*a essência real e exata das coisas que as palavras morais significam pode ser perfeitamente conhecida, e assim a congruência e incongruência das próprias coisas serem descobertas certamente, é isto no que consiste o perfeito conhecimento*” [p.268]).

²¹⁴ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.84 (g.n.).

²¹⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XI, Cap. VI. In *Les classiques des sciences sociales*, Saguenay, Université du Québec, 2010 (disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html#Anchor-23543 — acesso em 30.01.2011). Todas as referências e excertos de “*De l'esprit des lois*” serão extraídas, doravante, dessa mesma fonte.

II. Diz-se haver, no “*decisum*”, um *ato de vontade*, exatamente porque o processo de aplicação do Direito ao caso concreto não se desenvolve “*more geometrico*”, como supunham os liberais. A dicção da “vontade concreta da lei” — para utilizar a clássica expressão de CHIOVENDA²¹⁶ — depende, em grande medida, da *vontade subjetiva* do magistrado. Isso é tão verdadeiro que, por vezes, a vontade incontida resulta em julgados tendenciosos (como, *e.g.*, na rumorosa sentença do juiz de Patos de Minas, no Estado brasileiro de Minas Gerais, que, sob argumentos inconfessáveis — porém *confessados* —, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha²¹⁷), ou mesmo em manifestos abusos (como, *p.ex.*, no episódio da denúncia-crime recebida às vésperas das eleições municipais em São Paulo, após meses de espera, em detrimento de um dos candidatos daquele pleito — de que, inclusive, deu-nos conta o notável DALMO DE ABREU DALLARI, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em saborosa narrativa²¹⁸).

²¹⁶ Cf. Giuseppe Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. Jose Casais y Santaló, Madrid, Reus, 2000, t. I, pp. 367 e ss. e, notadamente, pp.374-375: “*Así puede entenderse la diferente función que tiene el juicio lógico respecto de las dos actividades [administração e jurisdição]. También la administración juzga porque no se obra sino basándose en un juicio, pero juzga sobre la actividad propia, mientras que la jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley concierniente a otros; sólo en este sentido puede decirse con Scialoja que en el acto jurisdiccional predomina “el momento del juicio”, lo cual en nada merma la verdad y la importancia de la fundamental observación hecha antes [...], o sea que la sentencia es esencialmente formulación de la voluntad del Estado respecto de lo cual el razonamiento tiene oficio meramente preparatorio*” (g.n.).

²¹⁷ A Lei brasileira n. 11.340, de 07.08.2006 (a Lei Maria da Penha), “*cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*”. Seu propósito político-legislativo foi prevenir e tratar com maior severidade os casos de violência doméstica e familiar contra pessoas do sexo feminino; e, por isso mesmo, recebeu do meio forense e juscientífico a designação “Lei Maria da Penha”, em homenagem à vítima real de um caso concreto de espancamento marital que carregou à esposa sequelas físicas irreversíveis. A lei foi festejada em todos os círculos jurídicos do país, sobretudo por se acreditar que havia de fato uma situação de excessiva vulnerabilidade das mulheres em suas relações conjugais e familiares, especialmente nos lares mais modestos. Nada obstante, no Processo n. 222.942-8/2006 da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG, o juiz oficiante declarou-a inconstitucional e recusou-lhe aplicação, mais pela sua visão de mundo — e por um seu ato de vontade — do que por razões técnico-jurídicas inteligíveis; argumentou, por exemplo, que “*o mundo é e deve continuar sendo masculino ou de prevalência masculina*”, ou que “[a] vingar esse conjunto de regras diabólicas [da Lei n. 11.340/2006], a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras, porque sem pais; o homem subjugado”. V. nota n. 1839.

²¹⁸ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp.86-87. *In verbis*: “*Alguns juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores não conseguem esconder sua preferência eleitoral e, às vezes, deixam entrever essa preferência até mesmo em decisões judiciais. Assim aconteceu em São Paulo no ano de 1991. O Procurador-Geral da Justiça apresentou denúncia contra a prefeita municipal,*

Daí porque entendemos, com KAUFMANN, que o juiz não é um autômato da lei, nem tampouco um “ser destituído de vontade” (como dissera o próprio MONTESQUIEU); ao contrário, atribui-se-lhe hoje, em qualquer escola de pensamento, ao menos uma “tarefa criativa”, que é a de *preenchimento de lacunas*²¹⁹ — e, é claro, o **ato de criar** pressupõe inexoravelmente a **vontade de criar**. Para mais, reconhece-se que o problema fundamental da interpretação e da aplicação do Direito radica na **escolha do método**, mais até do que na identificação das normas aplicáveis ou na interpretação dos fatos; e, àquele respeito, os tribunais tendem a agir de modo arbitrário²²⁰, o que denota, outra vez, o móbil elementar recolhido no imo de toda decisão judicial (até mesmo por ser, necessariamente, o móbil elementar de toda *escolha humana*): a **vontade subjetiva**. Aliás, conferir gradientes de **racionalidade** e/ou **razoabilidade** a essa escolha, há pouco dita “arbitrária” (a expressão é de KAUFMANN), é decerto um dos propósitos desta Tese (*supra*, §1º, tópico 1.3).

Em suma, se o ato da decisão judicial é um *ato de criação*, sempre preordenado por um processo intelectual de *escolha* (do método), não é possível negar-lhe, na essência formadora, o **dado volitivo**, que certamente se externaliza como vontade objetivante — a do Estado-juiz (ou da “vontade concreta da lei”) —, mas que, antes disso, concebe-se, desenvolve-se e descobre-se inevitavelmente como *vontade subjetiva* da *pessoa concreta* que sempre habita sob a toga.

em março desse ano, alegando a prática de ato que configuraria ilícito penal. O processo foi distribuído a um desembargador, que durante meses não proferiu o despacho que lhe competia. O que lhe cabia fazer era rejeitar desde logo a denúncia por falta de fundamento legal ou, ao contrário disso, encaminhar o processo ao colegiado competente, propondo a aceitação da denúncia. Mas o desembargador em questão não fez uma coisa nem outra, preferindo guardar o processo em sua gaveta para usá-lo em ocasião oportuna. [...] Alguns meses depois, às vésperas das eleições para escolha do sucessor da prefeita, o desembargador proferiu despacho, exorbitando de suas competências e acolhendo a denúncia, o que só poderia ter sido feito pelo colegiado. Além de acolher a denúncia irregularmente, aquele desembargador, que pouco depois seria eleito presidente do Tribunal de Justiça do Estado, imediatamente distribuiu cópia de seu despacho a um dos candidatos à Prefeitura, o qual, como era previsível, utilizou-o amplamente em sua propaganda eleitoral. Isso todo enquanto, conforme registro informatizado, os autos do processo se encontravam em mãos do desembargador, só tendo ocorrido a devolução ao cartório depois daquela utilização político-eleitoral. [...] Tempos depois, quando aquele desembargador já era presidente do Tribunal de Justiça e o então candidato era o Prefeito de São Paulo, este prestou estranhíssima homenagem, dando o nome de “Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” a uma passagem subterrânea aberta sob uma avenida, localizada quase dez quilômetros longe do edifício do Tribunal. [...] Não se tratava de uma data especial na história do Tribunal nem havia ocorrido qualquer fato novo e significativo que justificasse a homenagem, a não ser a gratidão do Prefeito Municipal pelo favor eleitoral recebido”.

²¹⁹ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, trad. António Ulisses Cortês, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2004, p.83.

²²⁰ *Idem*, p.134.

Na realidade, a percepção secular do juiz como “*la bouche de la loi*” tem sido especialmente atraente para o magistrado que não está confortável com suas próprias convicções morais, políticas ou ideológicas. Em tais casos, a toga serve de anteparo isolador, que permite à pessoa concreta esgueirar-se de qualquer responsabilidade “moral” pela sua decisão: afinal, não se trata da “sua” vontade, mas da vontade objetiva do Estado ou da lei. Essa, porém, é uma premissa perfeitamente falsa. Volvendo àquela dicotomia primacial entre *justiça material* e *segurança jurídica* (tópico 1.1), deve-se compreender que as garantias de uma *jurisdição justa* não estão atreladas à impessoalidade ou à neutralidade político-ideológica do juiz, mas, bem ao contrário, à sua sensibilidade pessoal — que, ver-se-á adiante, pode ser designada como “*sentimento de direito*” (KAUFMANN²²¹) — e à sua capacidade criativa para extrair do sistema a solução que lhe parecer mais justa. Da mesma forma, a *segurança jurídica* não se obtém com a automatização dos juízos, mas com o reconhecimento dogmático dos *limites* do sistema (*supra*, tópico 5.1), a serem esclarecidos e estabilizados de modo racional e discursivo, sem prejuízo da mobilidade e da abertura sistêmicas. A função objetivante da *norma jurídica* — que, por definição, é *geral e abstrata*²²² — participa desse processo de reconhecimento, à mercê da própria separação

²²¹ A expressão original, “*Rechtsgefühl*”, é também utilizada por diversos outros autores de língua alemã, como LAMPE (v. *Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Ernst-Joachim Lampe [Hrsg.], Opladen, Westdeutscher, 1985, *passim*), RÜMELIN (“*Über das Rechtsgefühl*”, in *Kanzlerreden: Kanzler der Universität Tübingen 1870-1889*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1907, *passim*), BIHLER (*Rechtsgefühl, System und Wertung: Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*, München, Beck, 1979 *passim*) e OBERMAYER (“*Über das Rechtsgefühl*”, in *Juristenzeitung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986, n. 41, pp.01-04). Na tradução portuguesa, ANTÓNIO ULISSES CORTEZ preferiu a locução “sentimento **do** direito” ou, subsidiariamente, “sentimento jurídico” (cf. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p.95 e nota n. 26). Preferimos, porém, traduzi-la como “sentimento **de** direito”, prevenindo-se maniqueísmos (“o” direito inspira um sentido de *certeza*, sugerindo incorreção para todas as demais soluções; já a não articulação, no que indefine, permite reconhecer legitimidade a variegados “sentimentos **de** direito”, que tendem a variar entre julgadores diversos). E, para mais, acompanha-se a estrutura comum de outras locuções similares na língua portuguesa (assim, *e.g.*, não se fala em “senso *da* justiça”, mas em “senso *de* justiça”; nem tampouco em “juízo *da* verossimilhança”, mas em “juízo *de* verossimilhança”).

²²² Cf., por todos, José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, 13ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp.239-244: “*Mas para o jurista norma é todo o dever ser genérico*” (p.239); adiante: “*Uma solução generalizadora é necessariamente uma solução normativa*” (p.243). Nega, porém, o requisito da *abstração*, pelo fato de existirem normas jurídicas que regulam exclusivamente fatos pretéritos, como no Direito das Sucessões (p.509). E, conquanto prefira a expressão “*regra*”, ASCENSÃO curva-se também à locução “*norma jurídica*”, “*solidamente assente na ciência jurídica portuguesa*” — possivelmente por influência germânica (“*die Normen*”) —, mas as toma como *sinônimos* (p.239). De nossa parte, **(a)** entendemos que a *abstração* é também atributo da norma jurídica, já que mesmo nos casos de normas jurídicas retroativas remanesce algum grau de incerteza quanto à concreção futura dos seus efeitos (e isso não decorre da generalidade, porque a incerteza poderá se dar até mesmo na concreção de preceitos contratuais individualizados); e **(b)** apartamo-

harmônica dos poderes da República (artigo 2º da CRFB; artigo 111º da CRP); mas está longe de exauri-lo. Nessa soleira, o magistrado *pode* — e *deve* — expressar-se como ser sociopolítico, sem renunciar às suas convicções pessoais e a todo o rico substrato cultural que configurou sua visão de mundo. Afinal, o seu “*sentimento de direito*” (“*Rechtsgefühl*”) — mais além de quaisquer juízos lógicos de subsunção — não pode provir de outra fonte, que não a sua própria visão de mundo. Nas palavras de KAUFMANN,

“Este modelo do juiz perfeitamente neutral e imparcial, completamente objectivo e impessoal está pura e simplesmente fora da realidade. Tem de se perguntar se este altamente estilizado juiz não terá, por uma vez que seja, um sentimento do direito. [...] Ora, o facto de as pessoas terem normalmente um *sentimento do direito* é seguramente algo de muito positivo. Mas o juiz não deve ter nenhum, pelo menos, este não deve intervir na determinação da decisão. Já se fala da “despedida” do sentimento do direito. A suceder, ela seria pouco feliz. Na verdade, dificilmente se poderia falar, mesmo num uso generoso da palavra “racional”, de uma “racionalidade do sentimento jurídico”. Mas quem disse então que no processo de determinação do direito não deve influir nada de meta-racional, que ele ocorre apenas de forma reflectida e se presta contas disso? *Winfried Hassemer* encontrou para isso uma expressão acertada: temos que, diz ele, “**ponderar racionalmente o irracional**”²²³.

III. Aliás, esse mesmo dado subjetivo-volitivo, indissociável de qualquer ato-decisão judicial, radica igualmente em todos os *atos processuais postulativos* (i.e., nos atos processuais destinados a provocar uma decisão do Estado-juiz, “*através do exercício de influência psicológica sobre o juiz*”²²⁴), com desdobramentos jurídicos dos mais relevantes. A percepção dessa realidade conduziu toda a série de desenvolvimentos sugeridos por PAULA COSTA E SILVA para a interpretação dos atos postulatorios em juízo, afastando, nessa parte, a tendência de autonomização do processo relativamente ao direito material (a ponto de ROSENBERG *negar*, outrora, a possibilidade mesma de um “negócio jurídico

nos daquela sinonímia terminológica para divisar, com ROBERT ALEXY, a distinção entre **normas-regras** e **normas-princípios** (cf., *infra*, § 24º).

²²³ Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, p.95 (g.n.). A expressão de HASSEMER é extraída de *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1973, p.244.

²²⁴ Paula Costa e Silva, *Acto e Processo...*, p.44.

processual”, ante a irrelevância da vontade para o processo judicial²²⁵)²²⁶. Termina por concluir que “o acto processual da parte está submetido ao regime de interpretação do acto jurídico unilateral, negocial e formal, não havendo que construir qualquer regime especial de interpretação para aquele tipo de acto”; logo, “a haver uma irrelevância de uma intenção [= volição], esta depende estritamente da natureza formal do acto e não de uma integração desse acto no processo. Pelo menos no que respeita à interpretação, a vontade inerente à prática e conformação de um acto releva em processo nos exactos termos em que releva um acto que seja praticado fora dele”²²⁷.

Ora, a ser assim — e se “a vontade do autor do acto releva quando se procede à determinação do sentido da declaração processual postulativa”²²⁸ —, como não convir que, na **resposta** à provocação postulatória, o juiz — conquanto investido em poderes públicos, sob o pálio da toga (assim como, ao cabo das contas, também o advogado postula investido em poderes privados, sob o pálio da beca) — também exara um **ato de vontade**? Como se responde, logica e psicologicamente, a uma instância volitiva, senão com outra, no mesmo ou em diverso sentido? Não nos interessa, aqui, perquirir os *efeitos jurídicos diretos* dessa constatação, conquanto fosse esse um objeto de indubitável interesse científico (quicá como desdobramento natural das investigações inauguradas por COSTA E SILVA)²²⁹. Mas, nos estritos limites desta Tese, interessa-nos tão só fixar aquela premissa

²²⁵ Leo Rosenberg, *Die Stellvertretung im Prozeß: Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts, nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung*, Berlin, Franz Vahlen, 1908, p.57.

²²⁶ Paula Costa e Silva, *Acto e Processo...*, p.33.

²²⁷ *Idem*, pp.450-451.

²²⁸ *Idem*, p.648.

²²⁹ Assim, p. ex., como tratar uma sentença que *defira* certa pretensão em seus fundamentos, mas no dispositivo julgue *improcedente* o respectivo pedido? Trata-se da chamada “*sentença suicida*”, a que usualmente a doutrina associa o vício da **nulidade**; mas, se a incongruência deve-se a um erro material — tão comum em tempos de *copy and paste* —, não poderia ser simplesmente *corrigida* em sede de embargos de declaração (artigo 535 do CPC), ou quicá “*ex officio*” (artigo 463, I, do CPC), tal como se podem *re-ratificar* os negócios jurídicos privados (artigo 172 do NCC), mesmo em casos de erro, dolo ou coação (artigo 171, II, do NCC)? Da mesma forma, afastar o dogma da irrelevância da vontade na interpretação das sentenças poderia ter enorme utilidade na fase de **liquidação**, em que deferimentos sentenciais ambíguos geralmente engendram severas dificuldades na aferição do “*quantum debeatur*”, por conta da impossibilidade legal de se rediscutir a lide ou modificar o conteúdo da sentença (artigo 475-G do CPC). Aplicar-se-iam, então, os princípios gerais de interpretação dos negócios jurídicos (artigos 110 a 114 do NCC; artigos 236º a 239º do Código Civil português); ou, em casos extremos, *certificar-se-ia* nos autos, por ato da autoridade prolatora, a “*real intenção*” ínsita a determinada passagem da sentença, evitando-se desdobramentos intermináveis em torno de algo que pode ser facilmente esclarecido pelo autor do comando original...

— a do ato-decisão como indelével **ato de vontade** — e torná-la **pressuposto de investigação**, para que, adiante, não se pretenda objetar os progressos deste estudo com a suposta “neutralidade” do juiz-pessoa. Em sede de ciências sociais (e em especial na Ciência do Direito), *se se requestam métodos, é mister perquirir fins*. Longe desse padrão, raramente se obtém justiça material, mesmo na perspectiva do *sistema processual* — que, por isso mesmo, deve ser examinado em *perspectiva dúplice*, “a partir de seus ângulos externos (*seus escopos*), sem prejuízo da introspecção do sistema”²³⁰.

IV. De outra parte, admitir o conteúdo subjetivo-volitivo do ato-decisão judicial não significa admitir, como premissa, a **parcialidade** do juiz.

Nesse encaixe, talvez interesse incorporar à análise, para efeito de elucidação, a distinção recentemente proposta entre *imparcialidade* e “*impartialidade*” (preferindo-se, aqui, o neologismo mais próximo ao equivalente castelhano — “*partialidad*”²³¹ —, que já vem sendo empregado no Brasil²³², enquanto os equivalentes italiano — “*terzietà*”²³³ — e alemão — “*Unbetheiligkeit*”²³⁴ — não admitiriam traduções cômodas).

²³⁰ Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, p.380. Na leitura de DINAMARCO, há três classes de **escopos da jurisdição** (ou, por metonímia, do **sistema processual**): os **escopos sociais** (pacificar com justiça, educar/conscientizar a sociedade), os **escopos políticos** (afirmação da autoridade e organização do poder legítimo, culto à liberdade, participação democrática) e, finalmente, o **escopo jurídico** (atuação da “vontade concreta” do Direito) — pp. 193-272 e 388. A técnica processual padecerá de déficit de legitimidade se não tomar em consideração, abstrata e concretamente, cada um desses escopos; afinal, “*todo sistema processual tem como principal fator legitimante a sua compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país*” (p.387). V., *infra*, a nota n. 1901.

²³¹ Cf., e.g., Fernando Ugaz Zagarra, “*El principio de imparcialidad y el Ministerio Público*”, in <http://www.biblioteca.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm> (acesso em 26.02.2008). Para o autor, “*la imparcialidad consiste en poner entre parêntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador o de cualquier ente público*”, pois “*este debe submergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad*” (g.n.) — ideia que, viu-se, demanda ingentes temperos —; já a “*impartialidad*” diz com a condição funcional de não ser parte, embora “*en la organización positiva del proceso la “partialidad” y la parcialidad no aparecen netamente diferenciadas*”.

²³² Cf., por todos, Antônio do Passo Cabral, “*Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal*”, in *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, Fredie Didier Jr., Eduardo Ferreira Jordão (org.), Salvador, JusPodivm, 2007, pp.99-124.

²³³ Os estudos sobre a “*terzietà*” ganharam força após a reforma do artigo 111 da Constituição italiana, que estatuiu, entre as garantias do “*giusto processo*”, o direito a um “*giudice terzo e imparziale*” (g.n.). Uma vez que, no rigor da Hermenêutica, a lei — e, com maior razão, a Constituição — não encerra palavras inúteis, os juristas peninsulares viram-se instados a se debruçar sobre o texto constitucional e descobrir distinções conceituais entre *imparcialidade* (“*imparzialità*”) e “alienidade”, “tercialidade” ou — como se optou *supra* — “impartialidade” (“*terzietà*”). A respeito, cf. Sergio la China, “*Giusto Processo, Laboriosa Utopia*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2005, n. 4, pp.1111-1126 (com visão fortemente cética

A **imparcialidade** diz com o distanciamento anímico do julgador em relação à causa, no sentido de que não pode, por razões alheias ao sistema jurídico, favorecer deliberadamente uma ou outra parte. Com esse sentido, vem sendo denominada, nalguns nichos de doutrina, como “imparcialidade pessoal” (“*persönlichen Unabhängigkeit*”, “*impartialité personnel*”). Aqui entram em jogo as noções de limites objetivos do sistema, a que nos reportamos há pouco (e que retomaremos, com vagar, no § 26º). Não há argumentação jurídica possível, nos limites do sistema em vigor, que possa legitimar a decisão judicial passada mediante suborno (corrupção passiva), coação moral irresistível ou sentimentos e interesses estritamente pessoais (*e.g.*, ódio pelo réu, antipatia pela testemunha, paixão pela autora, disputa com o *Parquet*, etc.). Aliás, as evoluções ético-jurídicas mais recentes vão além da mera imparcialidade, exigindo dos tribunais a própria **aparência de imparcialidade** (donde a conveniência de que os juízes se deem por suspeitos em causas nas quais objetivamente *poderiam* ter interesses pessoais — como no Brasil autoriza, sem mais, o artigo 135, par. único, do CPC ²³⁵ —, ainda que, *concretamente*, não os tenham). Recomenda-o a própria ANISTIA INTERNACIONAL:

quanto à efetividade do novo artigo 111, especialmente ao final, com suas “[c]onclusioni a mezza via tra moderata fiducia e consapevole scetticismo”); Mauro Bove, “Art. 111 Cost. e ‘Giusto Processo Civile’”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2002, n. 2, pp.479-522; e, por fim, Rita Maruffi, “L’art. 111 Cost. e l’incompatibilità del giudice nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2003, n. 4, pp.1164-1165.

²³⁴ Cf., por todos, Walther Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, pp.41-43. À expressão portuguesa “imparcialidade” corresponderia a alemã “Unparteilichkeit”.

²³⁵ Artigo 135, par. único, do CPC: “Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”. Trata-se de “válvula de escape” para todas as situações objetivas que não estejam elencadas nos incisos I a VI do artigo 134 ou nos incisos I a V do artigo 135 (normas que, pela sua natureza restritiva, *interpretam-se estritamente*), mas que engendrem, perante terceiros, *aparência objetiva de interesse* por parte do magistrado. Assim, *e.g.*, se for ré a Universidade na qual o magistrado leciona, sob vínculo estatutário ou empregatício (*i.e.*, com *habitualidade*), mercê do permissivo constitucional (artigo 95, par. único, I, “*in fine*”, da CRFB). Observe-se que, a rigor, não se poderia reputá-la — a Universidade — “devedora” do juiz, para os efeitos do artigo 135, II, do CPC, se tem quitado com regularidade os salários ou vencimentos mensais; nem tampouco se poderia afirmar, sem mais, que o juiz seja “*interessado no julgamento da causa*” em favor da Universidade (artigo 135, V, do CPC), pois muitas vezes as conturbadas relações pessoais entre o magistrado e a direção podem instilar predisposição diametralmente oposta a essa... Logo, em tais casos, o único caminho hábil a prevenir a “sensação de parcialidade” que pode acometer o jurisdicionado é recorrer à suspeição por motivo íntimo. Nada obstante, para garantir a lisura do procedimento, os tribunais brasileiros tendem a exigir do magistrado, quando invoca o artigo 135, par. único, do CPC, uma **comunicação** ou **ofício**, pela via administrativa, dando conta do “motivo” que o levou a se declarar suspeito (o que demonstra, a toda prova, que mesmo a hipótese em comento pressupõe alguma objetividade).

“El tribunal ha de ser imparcial. El principio de imparcialidad, que se aplica a cada caso particular, exige que cada una de las personas en la toma de decisiones — sean jueces profesionales o legos, o jurados —, sea imparcial. [...] Tanto la imparcialidad de hecho como la **apariciencia de imparcialidad son fundamentales para que se mantenga el respeto por la administración de la justicia.** [...] El derecho a un tribunal imparcial precisa que **los jueces e jurados no tengan ningún tipo de interés en el asunto en cuestión, ni alberguen ningún tipo de prejuicios.** [...] La magistratura ha de asegurar que el procedimiento judicial se desarrolla conforme a derecho, y que se respetan los derechos de todas las partes”²³⁶.

Isso não significa, porém, que, ao julgar, o magistrado tenha de se anular subjetivamente, ou que deva — na expressão de UGAZ ZEGARRA — “esquecer-se de sua própria personalidade” (*supra*, nota n. 230). Pretendê-lo é cortejar a utopia, porque — di-lo-ão a Psicologia e a Psicanálise²³⁷ — isso simplesmente não é possível. E insistir com conceitos irreais, que não se verificam no mundo das coisas, é reproduzir estruturalmente os fundamentos do processo liberal e desumanizante. Com toda vênia, *imparcialidade não pode equivaler a “neutralidade”*²³⁸; e sequer há, nisso, grande novidade, mesmo para a doutrina brasileira: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em sua obra magistral (editada há mais de duas décadas, qual “divisor de águas”²³⁹ da doutrina processual brasileira), já pontuava que

²³⁶ Amnistía Internacional, *Juicios Justos: Manuel de Amnistía Internacional*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI)/Dykinson, 2000, p.87.

²³⁷ Assim, e.g., KARL JUNG “considera que o “material” observado é produto de uma observação, ou seja, sugere que se considere que a equação pessoal entra em ação “logo desde o momento da observação, já que se vê aquilo que a própria individualidade permite ver” (Paolo Francesco Pieri, *Introdução a Karl Gustav Jung*, trad. José Jacinto Correia Serra, Lisboa, Edições 70, 2005, p.78-79 — g.n.). Vide, ademais, todo o capítulo “A Problemática Epistemológica” (pp.67-104).

²³⁸ Cf. Antônio Cabral, *op.cit.*, pp.100-101: “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada. Neste sentido, **imparcialidade é sinônimo de neutralidade**” (g.n.). Concordamos com a primeira assertiva, mas não com a segunda (que, para nós, tampouco reproduz fidedignamente o “Distanzgebot” alemão). Etimologicamente, a “neutralidade” pressupõe aguda *indiferença* quanto a fatos, valores e/ou normas e quanto às suas circunstâncias — o que, decididamente, não se deve esperar do magistrado.

²³⁹ A bem da honestidade intelectual, diga-se que essa imagem — ilustrativa do grau de consideração com que tem sido distinguida a obra — não foi cunhada pelo Autor, mas por ele ouvida, pela primeira vez, em aula de graduação proferida pelo Professor Titular ANTÔNIO CARLOS MARCATO. Indiscutivelmente, “*A Instrumentalidade do Processo*” — tese com a qual DINAMARCO obteve a cátedra de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*supra*, nota n. 37) — inspirou, no Brasil, os rumos da teoria geral do processo a partir de então, além de consolidar um dos traços mais característicos daquela que veio a ser conhecida, após LIEBMAN, como a “Escola Processual de São Paulo”.

“o juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. **Não se lhe tolera, porém, a indiferença**”²⁴⁰.

Para mais, e para o mundo, proclamara MAURO CAPPELLETTI, alguns anos antes (1982), que no espaço de discricionariedade/liberdade compreendido entre a norma posta “*in abstracto*” e a sua interpretação/aplicação judicial, descobre-se o “*momentum*” em que os juízes são efetivamente *homens e mulheres* de carne e osso, com suas respectivas histórias de vida, atuando como *coautores* da sua própria realidade²⁴¹.

Logo, a *imparcialidade* deve ser compreendida não como pura “neutralidade” ou indiferença (moral, social, política e/ou ideológica), mas como **razoável distanciamento psíquico-emocional**, na aceção mais óbvia de suas clássicas enunciações (nos sistemas de raiz romano-germânica, “*nemo iudex in causa sua*”; nos sistemas de raiz anglo-saxônica, “*no making a man a judge in his own case*”²⁴²). Entende-se com isso que, ao julgar, o magistrado não pode estar vinculado a interesses ou sentimentos pessoais que configurem fatores extrassistemáticos *insuscetíveis de integração vertical* (*supra*, tópico 5.1, XII), como aqueles já apontados acima. Os alemães exprimem bem tal ideia, quando designam o

²⁴⁰ Cf. Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, p.239 (g.n.). Mais recentemente, e de forma bem mais enérgica: “*Nada é neutro e no Direito, precipuamente, a neutralidade é mentira e é mito*” (José Joaquim Calmon de Passos, “*Dimensão política do processo: direito, poder e justiça*”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v. 5, p.333). Enfim, e no mesmo sentido, veja-se Bedaque, *Direito e Processo...*, pp.20-21.

²⁴¹ Mauro Cappelletti, *Processo, Ideologias e Sociedade*, trad. Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p.15. Trata-se, no particular, de versão abreviada do Relatório escrito por CAPPELLETTI para o XIV Congresso Nacional da Associação dos Estudiosos do Processo Civil (Ferrara, 5 e 6 de junho de 1982), com o título original “*The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis*”. Mesmo na versão resumida, a passagem, por sua beleza e eloquência (rebatendo precisamente o “ideal automatizante” de MONTESQUIEU), merece transcrição: “*Os juízes, longe de serem considerados os “seres inanimados” descritos por Montesquieu, são, ao contrário, homens e mulheres que devem, na grande maioria dos casos, prolatar suas decisões, não por si só “self-evident”; devem fazê-lo com base em opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide, também, um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade. “Os Juízes também são homens”; esta frase foi usada por Calamandrei para a tradução alemã do “Elogio dei giudici”, significando que o Direito não se revela aos Juízes “quase” por uma mística adivinhação; o Direito não se revela àqueles, mas é “decidido” pelos Juízes. Se estes últimos são a “boca” do Direito, eles são, também, em qualquer medida, os autores e coautores da sua realidade*”. Quanto à existência ou não de uma **discricionariedade judicial**, vide, *infra*, o tópico 23.1.

²⁴² Cf., por todos, John V. Orth, *Due Process of Law: A Brief History*, Lawrence, University Press of Kansas, 2003, pp.15-32. Volveremos ao tema (§ 10º).

princípio subjacente ao dever judicial de imparcialidade: “*Distanzgebot*” (= *mandado de distanciamento*)²⁴³. Há, sim, que se *distanciar* dos interesses e sentimentos personalíssimos das partes, até mesmo para “proteger-se de si próprio” (“*bewahren er sich sozusagen vor sich selbst*”²⁴⁴); mister fazê-lo, porém, sem jamais se encastelar, isolar ou “neutralizar”.

Já a chamada “**imparcialidade**” diz com a *repartição funcional do processo* (“*lato sensu*”), isto é, com as *funções institucionalizadas* de cada personagem processual ou pré-processual (juiz, promotor, delegado, autor, réu, investigado, terceiro interveniente, etc.), que não podem ser assumidas por outrem ou a outrem acometidas. Isso nada tem a ver com quaisquer pretensões ou intenções de ordem anímica (i.e., os sentimentos ou interesses pessoais do sujeito-pessoa). Com esse sentido, a “imparcialidade” mereceu também o cognome “*imparcialidade funcional*” (“*gerichtsorganisationsrechtliche Unabhängigkeit*”, “*impartialité fonctionnel*”). Respeita ao **órgão** (a unidade de poder, que “*apresenta*” o Estado-juiz ou o Estado-administração), não ao **indivíduo** (juiz-pessoa, promotor-pessoa, etc.). Assim — e “*a contrario*” —, a ausência de “imparcialidade” não gera nulidade por defeito de pressuposto processual (como acontece com a ausência de imparcialidade, *ut* artigo 267, IV, do CPC), mas a mera *ineficácia* do ato praticado²⁴⁵. Se, p.ex., a autoridade policial fixa fiança em autos que investigam crime punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos — *contra* a norma de competência (artigo 322, par. único, do CPP, na redação da Lei n. 12.403/2011) — e libera o detido logo após o seu depósito (artigo 330,

²⁴³ Cf., e.g., Klaus Reischl, “Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit: ein Betrag zu § 139 Abs. 1 ZPO”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 2003, 116. Band, Heft 1, pp.105-106: “[...] kann man das Distanzgebot als ein Selbstregulativ betrachten, das den Richter davor bewahren er sich sozusagen vor sich selbst, um nicht einer Rollenidentifikation zu verfallen, die ihn bei der Fällung eines objektiven Urteils beeinträchtigt”. Nada obstante, boa parte da doutrina alemã ainda emprega expressões como “neutralidade” e “objetividade”, afinando-se com o discurso formal-liberal, como se lê, p. ex., no próprio REISCHL (p.105 — “*Neutralitätspflicht*”) e também em MUSIELAK: “*Objektivität und Neutralität des Richters gegenüber den Parteien stellen unabdingbare Voraussetzungen für ein faires Verfahren dar. Schon dem Verdacht einer Parteilichkeit des Richters muss entgegengewirkt werden. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber einen Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn zwischen ihm oder bestimmten ihm nahe stehenden Personen Beziehungen zum Gegenstand des Rechtsstreits existieren, die seine Neutralität in Frage stellen*” (Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, 8. Aufl., München, C. H. Beck, 2005, p.63 — *negritos no original*). Mesmo desse excerto, porém, pode-se extrair a ideia veiculada no texto principal: o que fere o mandado de distanciamento não são as propensões pessoais, morais ou ideológicas do magistrado, mas a sua **relação pessoal** — ou de pessoas a ele próximas — **com o objeto do litígio** (ou, para mais, com as respectivas **partes**).

²⁴⁴ Klaus Reischl, *op.cit.*, p.105 (*supra*).

²⁴⁵ Antônio Cabral, *op.cit.*, pp.107-108; Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, pp.13-15.

caput, do CPP), cumprirá reconhecer, em juízo, a *ineficácia* do ato administrativo de fixação da fiança e, conseqüentemente, do ato de concessão da liberdade provisória, por quebra injustificável da “imparcialidade” ou imparcialidade funcional; nem por isso, entretanto, haverá pecha a viciar o procedimento (inquérito policial) ou o próprio processo penal. Bastará convalidar judicialmente o ato ou, alternativamente, recolher o investigado/acusado para, no momento oportuno, arbitrar-lhe regularmente a fiança; e, se o caso, responsabilizar legalmente, em paralelo, quem exorbitou de suas funções.

Feitas essas distinções, finda-se por concluir, na perspectiva do processo judicial, que há, em todo ato decisório, um *substrato de vontade* inerente à ação do sujeito (juiz-pessoa). Admiti-lo não traduz qualquer subversão do sistema processual em vigor, nem preordena ensejos para quebra de imparcialidade. A imparcialidade, na dimensão pessoal, não se vincula à **vontade** “*in se*”, mas às **relações concretas** — que podem ser de ordem *objetiva* ou *subjética* — entre o juiz e seus entes próximos e as partes e/ou o objeto do processo. Presentes tais relações, o impedimento ou a suspeição manifestam-se como corolários deontológicos, *independentemente* do sentido real da vontade do juiz-pessoa (mesmo porque, viu-se, ao sistema não basta a efetiva imparcialidade, exigindo-se também a *aparência* de imparcialidade). E, na sua dimensão funcional (“imparcialidade”), tanto menos releva a *vontade* para a eficácia dos atos processuais: aferindo-se a incompatibilidade funcional entre o ato e seu fator, cassam-se daquele os efeitos (“*ex tunc*”) e, se o caso, responsabiliza-se o último (para o que, na esfera própria, poderá interessar — e *somente* para isso — o conteúdo volitivo do ato, pelo qual entrevê-se a boa-fé, a imprudência ou o eventual dolo ínsito à conduta irregular). Ao mais, o dado subjetivo-volitivo a nada se presta. Donde o inevitável remate: **para os conceitos gerais de imparcialidade/“imparcialidade”, não há prejuízos ao se encampar o pré-entendimento do ato-decisão como ato de vontade do julgador.**

V. Da mesma forma, o ato judicial decisório é, sempre, um *ato de comunicação*.

Com efeito, é certo que, para o jurista, “*a linguagem não é [...] apenas um meio utilizado acriticamente no entendimento de objectos exteriores à linguagem*”; antes, é “*um*

*objecto central do seu trabalho — ele entende leis, descreve situações de facto, subsume casos a normas, resumidamente, ele ocupa-se de certos produtos da linguagem (leis, regras dogmáticas) e procura a correspondência com outros textos (situações de facto, casos)”, de modo que “nenhuma outra profissão trata a linguagem de uma forma comparável a esta”*²⁴⁶. Em suma — e repetindo KAUFMANN —, o jurista estabelece, com a linguagem, a ponte de correspondência entre o ser (*Sein*) e o dever-ser (*Sollen-sein*), variando códigos linguísticos de conceptualidade abstrata e descrições casuísticas. Não é diferente com os atos-decisões judiciais, que se manifestam necessariamente pela **linguagem** e, em especial, pela **linguagem técnico-jurídica** (espécie do gênero que WASSERMAN denomina como “**linguagem técnica corrente**”²⁴⁷, que é uma “linguagem de classe”, sem chegar a ser uma linguagem puramente científica ou técnica²⁴⁸). Logo, um de seus necessários escopos é o de **comunicar conteúdos e significados**; na verdade, o seu *mais importante* escopo, para além dos outros dois (o *social* — constituir a comunidade — e o *operativo* — pensar, calcular, fixar²⁴⁹), que se realizam melhor em outros tipos de linguagem (a coloquial, a matemática, a mnemônica, etc.).

VI. Que conteúdos, porém, os atos-decisões judiciais comunicam? Para responder a essa pergunta, valer-nos-ão as categorias gerais da “pragmática universal” de HABERMAS²⁵⁰, que estão assim dispostas:

²⁴⁶ Fritjof Haft, “Direito e linguagem”, in *Introdução...*, Kaufmann, Hassemer (org.), pp.303-326.

²⁴⁷ Rudolf Wassermann, “*Sprachliche Probleme in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung*”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, pp.257-260.

²⁴⁸ Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, p.171.

²⁴⁹ *Idem*, p.165.

²⁵⁰ Cf. Jürgen Habermas, “*O que é a Pragmática Universal?*”, trad. Paulo Rodrigues, in *Racionalidade e Comunicação*, Lisboa, Edições 70, 1976, pp.98-102.

Domínios da realidade	Modos de comunicação: atitudes básicas	Pretensões de validade	Funções gerais do discurso
"O" mundo de natureza externa	Cognitivo: atitude objetivante	Verdade	Representação de factos
"Nosso" mundo de sociedade	Interativo: atitude conformativa	Acerto	Estabelecimento de relações interpessoais legítimas
"Meu" mundo de natureza interna	Expressivo: atitude expressiva	Sinceridade	Revelação da subjetividade do falante
Linguagem	-	Inteligibilidade	-

Fonte: HABERMAS, Jürgen. "O que é a Pragmática Universal?" (1976)

Na perspectiva liberal-formal, das subsunções "*more geometrico*" e dos raciocínios cartesiano-euclidianos, dir-se-ia que o modo de comunicação das sentenças judiciais é o *cognitivo*, de atitude objetivante, com função de "representação de fatos" (mesmo quando o "fato" é a subsunção do fato à norma) e pretensão de *verdade* (*supra*, n. I). Se, porém, a Ciência do Direito — como *sistema científico* — é realmente uma ciência da compreensão (§2º, I), dotada de historicidade e com bases prudenciais, tais assertivas refogem à sua natureza. Não se pode esperar, para um mesmo caso, idêntica solução em qualquer ponto das linhas do tempo e do espaço (assim como, "*a priori*", poder-se-ia esperar das matemáticas). Nem tem o discurso jurídico — e, conseqüentemente, o discurso judicial decisório — a função de meramente representar fatos, ou de distinguir "falso" e "verdadeiro". A *Verdade* sequer se revela adequadamente, como conceito, nas searas da Filosofia; logo, jamais poderia ter, como seus supremos ditadores, os juízes e tribunais. Quando muito, o Direito — como *sistema objetivo* — corteja-a como *ideal de tendência* (vide, *infra*, §18º). Nem por isso, a sua ciência deixa de ser Ciência. Nas palavras da KAUFMANN,

"[o]nde está escrito que apenas as ciências da natureza são verdadeiras ciências? O conceito de ciência não é um dogma, não precisa de ser exactamente o mesmo para todos os específicos campos do saber; poderá ser diferente, para as ciências "explicativas" da natureza, e para as ciências "compreensivas" do espírito. Contudo

têm de se exigir alguns pressupostos mínimos para cada ciência: tem de se tratar de *conhecimentos* obtidos por intermédio dum *método racional* (entendendo-se por “racional” não apenas a actividade do *entendimento* conceptualmente analítico, mas também o procedimento da *razão* orientado para o conjunto da unidade do saber, portanto **uma racionalidade não apenas formal mas também material**); os conhecimentos têm de estar *referidos às coisas* (o que não equivale a serem ontológico-substanciais; assim, diga-se desde já, **o Direito não é substância, mas relação**; são as relações das pessoas entre si e com as coisas que constituem o “objecto” do direito), os conhecimentos têm de se encontrar numa *congruência de fundamentos* (não sendo de exigir, contrariamente à opinião de alguns autores, um sistema fechado) e os conhecimentos tem de ser *verificáveis* (o que **não significa que tenham de ser logicamente necessários; nas ciências normativas a verificação surge no discurso**, que, por certo, nem sempre conduz ao consenso como muitos teóricos do discurso pensam, mas pode pelo menos conduzir a *uma validade intersubjectiva, uma susceptibilidade de consenso*)”²⁵¹.

Logo, a linguagem do Direito comunica basicamente **atitudes conformativas**, com **pretensão de acerto** (2ª linha). Associando-se as asserções de KAUFMANN à tabela de HABERMAS, intui-se que a função geral do discurso jurídico é a de **estabelecer relações interpessoais legítimas**, extraindo tal legitimidade do “nosso” mundo de sociedade (o que implica entroncar, às *normas* e aos *factos*, os *valores* inerentes a uma dada sociedade²⁵²). Assim, conviria mesmo afirmar que, no discurso jurídico, a pretensão de validade diz com a **legitimidade** da tese ou decisão (melhor que dizer do seu “acerto”, cujo radical etimológico é o mesmo de “certeza” — e, já por isso, aplicar-se-á melhor às ciências ditas exatas).

Poderia objetar o leitor, retrocedendo ao quanto exposto nos itens anteriores, para entrever no ato-decisão judicial uma *atitude expressiva*, com mera pretensão de *sinceridade*, já que o magistrado não pode ser apartado de suas convicções, de suas ideias e/ou de seu substrato cultural. No fundo, expressaria o que intimamente lhe parece justo

²⁵¹ Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, pp.99-100 (g.n.).

²⁵² O que nos remete, outra vez e sempre, à célebre **teoria tridimensional do Direito**, de MIGUEL REALE (e, antes dele, LASK, RADBRUCH, POUND e STONE, entre outros): o Direito (sistema objetivo) como *fato*, *valor* e *norma* (cf. Miguel Reale, *Filosofia...*, pp.497-561; sinteticamente, veja-se também Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pp.64-68).

(“meu” mundo de natureza interna), agregando fundamentações objetivantes hauridas do direito positivo. Tal objeção é, em parte, procedente. Tão procedente como seria a de que, ao buscar os fatos da causa — de que não se pode olvidar —, o juiz deseja *representar os fatos* com a maior fidedignidade possível (*pretensão de verdade*), objetivando aspectos do mundo de natureza externa. Evidentemente, os modos de comunicação habermasianos não podem ser concebidos como departamentos estanques. Ao revés, a pragmática do discurso tende a agregar duas ou mais pretensões de validade, no mesmo ato, sem prejuízo de sua **atitude funcional básica** — e é essa que, agora, assoma ao relevo. Conquanto a instrução processual sirva essencialmente para *descobrir fatos* e *expungir controvérsias* (= “verdade”), e sendo certo que o magistrado — como “ente falante” — também *revela sua subjetividade* na dicção sentencial (= “sinceridade”), também é certo que, da sentença “*in se*”, não se deve requestar a sua verdade ou a sua sinceridade, mas o seu “acerto” (no sentido de **legitimidade**). Em grau de recurso, o que dirão os tribunais de apelação é se, à luz dos fatos, valores e normas em vigor, a sentença foi “acertada” ou “desacertada” (e não se é “verdadeira” ou “falsa”, ou tanto menos se é “sincera” ou “mentirosa” — ainda que, na perspectiva da Teoria da Linguagem, também esses atributos pudessem ser perquiridos). Eis, pois, a razão pela qual, a par das atitudes subsidiárias, a **atitude básica de comunicação**, no discurso dos atos-decisões judiciais, é a **atitude conformativa**: é essa a **função social** que o macrossistema social lhes reservou, em especial nos Estados Democráticos de Direito. Logo, tanto na Ciência do Direito como no discurso jurídico, discutir as outras pretensões de validade (“verdade”, “sinceridade”) só tem sentido quando suas aferições determinarem, direta ou indiretamente, **perda de legitimidade** no estabelecimento das relações interpessoais (= “desacerto”). Será assim quando, p.ex., o fato objetivado em sentença, constitutivo de certo direito legítimo, não houver se verificado no mundo das coisas (“verdade”); ou quando a decisão se calcar em dados do mundo interno que não admitem recepção sistemática (e.g., o ódio, o interesse personalíssimo ou a paixão — hipóteses de impedimento ou suspeição, como dito alhures).

VII. Nesse passo, dissentimos parcialmente de KAUFMANN quando, censurando ALEXY, obtempera que

“O processo jurisdicional é preponderantemente um agir estratégico, não comunicativo, visa, em considerável medida, utilidades, não apenas o conhecimento verdadeiro, pois não está isento de dominação, os participantes estão vinculados à lei, mesmo a uma lei deficiente, o processo não pode ser continuado até o infinito ou mesmo até à “exaustão dos argumentos” (quando existirá acordo sobre uma tal exaustão?) e termina mesmo sem consenso, não tem de servir apenas a verdade e justiça, mas também e antes de mais a paz jurídica, pelo que as sentenças judiciais, mesmo as injustas, transitam em julgado, o que é totalmente impossível num discurso racional”²⁵³.

Vejamos. Ainda que a *estrita racionalidade* do discurso forense possa ser questionada — afinal, a arena judiciária não é o palco privilegiado da Ciência do Direito, mas o da Retórica —, certamente se busca, no encadeamento lógico de atos e no esgrimir de argumentos, *alguma* racionalidade (que, viu-se há pouco, o próprio KAUFMANN identifica como “racionalidade material”). Em termos gerais (seguindo JOHN RAWLS e o seu *princípio da diferença*²⁵⁴), o próprio KAUFMANN enuncia os conteúdos dessa racionalidade:

- o *utilitarismo negativo* (não se persegue a maior felicidade do maior número de indivíduos, mas sim a máxima supressão de sofrimento no maior número possível de pessoas)
- o *princípio da tolerância* (na dúvida, prevalece a solução que admita a maior margem de tolerância)²⁵⁵.

Trata-se, visivelmente, de uma racionalidade que não se exaure nas pulsões egoístas do ser, mas se expande para considerar o elemento coletivo. É, pois, uma racionalidade que se **legitima** no discurso, porque toma em conta a *alteridade* das relações interpessoais (o que a habilita a galvanizar *zonas de potencial consenso* — ou, na expressão de

²⁵³ Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, pp.134-135 (g.n.). O catedrático de Munique pretendeu contrastar ALEXY no ponto nodal de sua teoria, de que a característica fundamental da argumentação jurídica — e, portanto, da argumentação esgrimida no processo jurisdicional — é a de que todos os seus participantes pretendem “argumentar racionalmente” dentro dos limites do ordenamento jurídico (Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 2ª ed., São Paulo, Landy, 2005, pp.210-217).

²⁵⁴ Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1972, pp.75 e ss. Para uma aplicação concreta do *princípio da diferença* na teoria da prova, v. o tópico 31.2, *infra*.

²⁵⁵ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, pp.135-136.

KAUFMANN, espaços de “*validade intersubjetiva*”). Em tal validade intersubjetiva reside, afinal, a *legitimidade social* do “*decisum*”, na origem das “pretensões de acerto”; e, sob ela, repousa o *consenso do razoável*, como explicitado no início desta Introdução (§ 2º). Nada disso — validade intersubjetiva, legitimidade social, consenso do razoável — tornar-se-ia factível, se o ato-decisão judicial não **comunicasse** validamente seus conteúdos. Portanto, ainda que *intrinsecamente* se possa divisar no processo judicial um *agir estratégico*, em que cada parte — inclusas as “partes imparciais” (o juiz ou mesmo o “*custos legis*” do Ministério Público) — tenciona obter, com menor esforço, a maior vantagem para si (que, na perspectiva do Estado, pode ser a pacificação social e/ou a satisfação do interesse público e, na perspectiva do agente-pessoa, pode ser até mesmo a pronta desincumbência de suas tarefas ²⁵⁶), é imperioso reconhecer, *extrínseca* e *teleologicamente*, a **preponderância do agir comunicativo**, sem o qual a “vitória” padeceria de sensível *déficit de legitimidade social*, malgrado o aparelho estatal coercivo a secundá-la (e, como tal, não seria mais que “meia” vitória, satisfatória talvez para as aspirações econômicas, mas jamais para as éticas, e tanto menos para a “paz jurídica”).

§ 6º. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DA ABORDAGEM. ENFOQUES PRIORITÁRIOS

I. Neste derradeiro tópico introdutório, delimita-se a investigação no espaço geográfico e elegem-se os seus enfoques prioritários, prevenindo excursos desnecessários e esforços intelectuais de nenhum proveito geral. Quanto às justificativas, à sequência da investigação e aos balizamentos metodológicos, remetemos o leitor aos §§ 3º e 4º, onde tais aspectos já foram dilucidados.

²⁵⁶ Assim, por exemplo, merecia estudos mais cuidados, nos campos da Estatística e da Sociologia Judiciária, o problema da *propensão primitiva* da autoridade aos *indeferimentos* e às *improcedências*, seja pela maior facilidade discursiva, seja pela economia de tarefas (previnem-se o exame dos pedidos subsidiários, os atos de liquidação e de execução e, amiúde, os próprios embargos declaratórios). Em alguns contextos, tal propensão chega a determinar a lógica de distribuição do ônus da prova — conquanto discursivamente se apresentem outros fundamentos —, engendrando para o autor da ação uma preocupante *posição inicial de desvantagem*.

II. Este não será um estudo metódico de direito comparado, que sequer caberia bem em uma Tese de Doutorado (a pressupor a *inovação*, para além do cotejo crítico)²⁵⁷. Tampouco será um estudo de História do Direito, com especial desvelo na consulta às fontes primeiras. No entanto, uma discussão fundada do “*due process of law*” não prescinde de um exame cuidadoso de suas origens históricas (parte I, capítulo 1), de seus rumos atuais nos principais sistemas jurídicos mundiais (parte 1, capítulos 2 e 3) — atendo-se, porém, à *dimensão juspositiva*, sem maiores preocupações com as dimensões doutrinal e jurisprudencial (exceto no § 15º do capítulo 2, pela aguda relevância dessa abordagem) — e de seus corolários naturais (Parte II, capítulos 1 e 2). Sem compreender, com boa magnitude, o que é o *devido processo legal*, de onde veio e quais são os seus desdobramentos, tanto na ordem ético-jurídica quanto na ordem jurídico-positiva, não se entenderão, adiante, suas integrações com a teoria geral dos direitos fundamentais — em especial na ótica pós-moderna — e o que se entende como “**inflexões**” desse mesmo devido processo (Parte III) — a despeito do quanto já afirmado no subitem “ζ” do item III do §2º (*supra*), que encerra apenas um *bosquejo* do conceito.

III. Nessa linha, afora o esboço histórico (que remete necessariamente ao direito anglo-saxônico, em especial da Bretanha medieval à jurisprudência da *Supreme Court* norte-americana no século XX), o Capítulo 3 (Parte I) explora, na dimensão do *devido processo formal* (porque, como se verá, o *devido processo substantivo* é antes um *conceito* que um paradigma juspositivo suscetível de exploração comparativa), os modelos brasileiro, europeu e norte-americano, sempre de modo reciprocamente referenciado; e, por

²⁵⁷ Para a melhor compreensão do alcance de uma investigação completa e metódica de direito processual comparado — que se estabelece por *institutos* e está além dos objetivos desta Tese —, veja-se, por todos, Peter Gilles, “Comparative Procedure Law”, in *Teoria do Processo...*, pp.809-823. GILLES observa, com razão, que “*a successful comparative procedure law study requires not only firm foreign language competency, but also scholarly research competency, as well as, for larger projects, personnel, material, and financial research potential and resources, including obtaining materials, publications possibilities, information systems, access to sources, and informatics. [...] Hindrances to an “objective”, unbiased comparative procedure law study include national identity, superiority thinking, psychic and emotional, ideological and political, cultural and historical ties to certain legal circles such as the, as LANGBEIN describes, “Cult of Common Law”, which can surely be contrasted to the not quite so unfolded “Cult of Civil Law”. Moreover, the danger should not be underestimated that the homeland or even personal view of procedure law and its comparison might be portrayed as common knowledge in the entire world, or the danger of looking at foreign phenomena and viewpoints — as far one even knows or recognizes them — through one’s own glasses and then measuring them according to one’s domestic standards. This applies to many scholars of comparative procedure and of course to me too*” (p.822).

vezes, agrega ainda outros sistemas para o esforço comparativo. Em todo caso, sempre que possível, *privilegiar-se-á o cotejo crítico de viés luso-brasileiro*, por motivos óbvios (origem do Autor e sede da Instituição). O tipo de cotejo que se fará tem bom exemplo no §17º do mesmo capítulo, em que, na comparação com Brasil e Portugal, examina-se brevemente a legislação argentina, representando os modelos hispano-americanos (tanto pelo dado geográfico da proximidade física, quanto pelo dado cultural da proximidade linguística e pelo dado político da formação em blocos econômicos, que, no rumo do MERCOSUL, tendem a harmonizar tais sistemas), e as principais legislações europeias, que, na concepção do Autor (pelos critérios da consistência científica e da envergadura juspositiva), são — além da portuguesa — as de origem alemã, italiana, espanhola e francesa. Mas também se avança com referências à legislação australiana e à japonesa, colimando marcar semelhanças e dessemelhanças referenciais, notadamente pela diversidade cultural e pelas distâncias continentais. Enfim, no campo europeu, examinar-se-á o que já existe, em tema de “*procedural due process*”, no direito comunitário, com especial atenção para o tratamento da matéria no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (§ 19º). Quanto às experiências inglesa e norte-americana — as mais eloquentes em sede de “*substantive due process*” —, já terão sido exploradas, à saciedade, entre os §§ 9º e 14º (exceção feita aos §§ 11º, 12º e 13º, mais universais).

As demais experiências nacionais nos pareceram relevantes, razão pela qual não há estudos dedicados a outros modelos positivos do atual panorama global. Se necessário, serão evocadas incidentalmente, quando em algo aproveitarem.

IV. Por outro lado, a investigação do “*procedural due process*” no § 17º não desce à minúcia das regras procedimentais de cada um dos sistemas nacionais tangenciados; ao revés, elegem-se como focos prioritários as *garantias processuais*, por um lado, e a “*procedural fairness*” em sentido estrito (i.e., a *boa-fé processual*) — com o seu correspondente duplo antagônico (i.e., o *abuso de direitos processuais*) —, por outro. Nessa vereda, deslindar-se-á, sem excessivo apego à descrição de formas, aquilo que realmente interessa na intersecção entre o devido processo formal e a tutela jusfundamental da pessoa.

É como faremos, outrossim, em toda abordagem histórica e juscomparativa, visando inclusive à economia de texto.

V. Essas mesmas abordagens — a histórica e a juscomparativa — privilegiarão o *processo civil* (na sua acepção mais lata, como sistema de normas adjetivas aplicadas pelos órgãos de jurisdição civil e como instrumento formal de solução dos conflitos materiais de direito civil “*lato sensu*”²⁵⁸), mesmo porque aí radicam, em maior volume, as polêmicas inflexões da técnica processualística atual. Nada obstante, sufragando o propósito subjacente de contribuir para a própria teoria geral do processo, serão também debatidos aspectos ligados ao *processo penal*, ao *processo do trabalho* (que tem formação mais recente, como rebento tardio da Revolução Industrial, e vem incorporando, em boa medida, as inflexões do próprio processo civil²⁵⁹) e até mesmo ao *processo administrativo*, na medida da necessidade e da utilidade²⁶⁰.

VI. Para mais, reitera-se e pontifica-se que o fulcro da pesquisa está no estudo sistemático do **devido processo legal** (formal/substancial), em suas concreções dogmáticas e prudenciais, e das respectivas **inflexões**, nomeadamente aquelas observadas em contextos de **crise** ou **tensão no espectro jusfundamental** (i.e., no plano dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana). Inflexões de outra ordem, que não interfiram significativamente com a garantia fundamental do devido processo legal (ainda que afetem o procedimento), ou que não se deem em contextos de ponderação jusfundamental (padecendo, o mais das vezes, de *ilegitimidade constitucional*, como se deverá demonstrar), não compõe o escopo da investigação e não serão pontuadas. Da mesma forma, todas as

²⁵⁸ Nesse sentido, cf., por todos, Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs ZPO*, pp.VI e 01-03.

²⁵⁹ Especialmente no Brasil, à vista do artigo 769 da CLT: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.

²⁶⁰ Tenciona-se, com isso, preservar minimamente a vocação universal da teoria geral do processo, que sequer “*abrange somente os processos em que se exerce a jurisdição (civil, trabalhista, penal), nem apenas os processos estatais (jurisdicionais ou não-jurisdicionais), mas também os processos das entidades intermediárias; o critério para a determinação do âmbito da teoria geral do processo, com visos de utilidade metodológica, é o do exercício do poder, não chegando ela até aos “processos” relativos aos negócios jurídicos (como sustenta parte da doutrina), porque ali inexistente poder exercido*” (Dinamarco, *A Instrumentalidade...*, p.384).

demais incursões — mesmo as de cariz histórico (basicamente instrumentais), as de cariz juscomparativo (com as limitações do item III) e as de cariz descritivo (em especial nos casos brasileiro e português) — assimilarão esse enfoque, inclusive para o desate crítico.

Dispensar-se-ão, na medida do possível, os metadesenvolvimentos de fundo sociológico, filosófico ou linguístico (aos de segundo tipo, bastar-nos-á, em boa medida, o que já se produziu no § 5º). Episodicamente, porém, tais reflexões poderão ser indispensáveis; em tais hipóteses, alertar-se-á o leitor, com abertura de item próprio para os progressos necessários.

VII. A sequência do estudo trará, em seu bojo, diversas *conclusões parciais* (à maneira do que, aliás, já se fez até aqui). Algumas, pela relevância, serão destacadas topicamente (*e.g.*, capítulo 4 da parte I, tópicos 7.4, 8.4, 9.3); outras não o serão. Ao final (“*Conclusões*”), para o conforto do leitor, todas essas teses, ainda que secundárias, serão reescritas e autonomizadas, ao lado das teses principais (antecipadas no item III do §2º, mas também sujeitas a mutações).

I

O “*DUE PROCESS OF LAW*” NA HISTÓRIA E NO DIREITO

Capítulo 1

Devido processo legal: esboço histórico, atualidades e perspectivas gerais

PARTE I

O “*due process of law*” na História e no Direito

CAPÍTULO 1

DEVIDO PROCESSO LEGAL: ESCORÇO HISTÓRICO, ATUALIDADES E PERSPECTIVAS GERAIS

§ 7º. SOLUÇÃO PÚBLICA DE CONFLITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS NA ANTIGUIDADE

7.1. SOLUÇÃO PÚBLICA DE CONFLITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS NOS DIREITOS CUNEIFORMES

I. Designam-se aqui como “direitos cuneiformes” aqueles nascidos nas civilizações que habitaram a Ásia Menor do IV ao I milênio a.C. (em especial a Suméria, a Acádia, a Babilônia e a Assíria). Todas essas civilizações desenvolveram normas jurídicas escritas, algumas agrupadas em coleções que se assemelhavam aos códigos modernos²⁶¹. Reuni-los sob a denominação de “direitos cuneiformes” — seguindo GILISSEN²⁶² e CARDASCIA²⁶³ — atende ao tipo de *escrita* que todos esses povos, de diversos idiomas, utilizavam no registro de seus textos (inclusive os jurídicos): escritos em forma de cunha ou prego, parcialmente ideográficos. Por metonímia, dir-se-á também da *civilização cuneiforme*, para abarcar todas aquelas civilizações acima referidas.

²⁶¹ “Chama-se-lhes geralmente “códigos”, erradamente, aliás, pois não contêm senão um pequeno número de disposições (30 a 60 artigos), relativas a questões de detalhes, e não uma exposição sistemática e completa do direito ou de uma parte do direito” (John Gilissen, *Introdução...*, p.61).

²⁶² John Gilissen, *Introdução...*, pp.58 e ss.

²⁶³ Raymond Monier, Guillaume Cardascia, Jean Imbert, *Histoire des institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen Age*, Paris, Montchrestien, 1956, pp.17 e ss. (“*les droits cunéiformes*”). Mesmo entre os alemães, vicejou a expressão equivalente “*Keilschriftrecht*”.

Procedem desses povos tanto o mais antigo “código” de que se tem notícia — o de *Ur-Nammu*^{264, 265, 266}, fundador da 3ª Dinastia de Ur (cerca de 2040 a.C.) —, como também o “código” mais importante da Antiguidade pré-romana — o de *Hammurabi*, célebre rei da Babilônia (o monumento, redigido por volta de 1694 a.C., conta com 282 preceitos). É dessa época, de intensas trocas comerciais, a gênese da técnica dos *contratos* (vendas — inclusive a crédito —, arrendamentos, depósitos, mútuos a juros, sociedades em comandita, etc.²⁶⁷), que depois se espalharia por toda a bacia do Mediterrâneo e seria sistematizada pelos romanos, já em modo de abstração.

GILISSEN adverte que todos esses “códigos” — haveria outros a mencionar, como o de Arakagina (*infra*, nota n. 265), o de Lipit-Ishtar (*infra*, n. III) e o de Eshnunna —

²⁶⁴ Lê-se no Código de Ur-Nammu: “*Col. VIII. Um cidadão fraturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa pelo que pagará 10 siclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fraturou um osso, pagará uma mina de prata. Se um cidadão cortou o nariz a outro cidadão com um objeto pesado, pagará dois terços de mina*”. Pelo excessivo casuísmo, depreende-se que, nas suas origens mais remotas, o Direito muito provavelmente se desenvolveu à maneira dos sistemas de raiz anglo-saxônica: um ***direito de casos***, em que os princípios e as regras se extraíam por *indução* e *semelhança*, e não o contrário (i.e., por *dedução*, como se poderia presumir, em razão da intensa influência religiosa — que, amiúde, manifesta-se através de “mandamentos” apriorísticos). Nessa linha, cf., por todos, John Gilissen, *Introdução...*, p.61 (uma vez que a mesma “técnica” de casuísmos informou todos os monumentos jurídicos cuneiformes posteriores: Lipit-Ishtar, Eshnunna e até mesmo Hammurabi).

²⁶⁵ Dir-se-ia, talvez com mais acerto, que o Código de Ur-Nammu é a compilação antiga *mais completa*, dentre as conhecidas; isso porque — noticiam GILISSEN (*Introdução...*, p.61) e LAMBERT (Maurice Lambert, “*Documents pour le §3º des réformes d’Urukagina*”, in *Revue d’Assyriologie e d’Archéologie Orientale*, v. LI, n. 3, p.139 — localizaram-se vestígios de textos ainda mais antigos, como o “código” de Urakagina de Lagas (meados do 3º milênio a.C.); e, da mesma época (ou mesmo de antes), conservam-se atos-documentos da prática jurídica e inúmeras *atas de julgamento* que aplicavam os direitos cuneiformes (“*di-tella*”). Sobre o conteúdo de uma dessas atas, veja-se, abaixo, o texto associado à nota n. 269. Talvez por isso, no Brasil, FREIRE PIMENTEL assegure que “*o direito processual constitui-se na fonte primacial do direito*, pois é fato histórico que ***a primeira fonte do direito do pós-dilúvio foi a sentença, portanto, o processo designa a fonte preliminar do fenômeno jurídico***, ainda quando concretizado de modo procedimental rudimentar” (Alexandre Freire Pimentel, “*A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico*”, in *Teoria do Processo...*, p.40 — g.n.).

²⁶⁶ Existem hoje dissensões quanto à verdadeira autoria política do Código de Ur-Nammu. YILDIZ e KRAMER sustentaram, em 1981, que essa obra legislativa foi outorgada por SHULGI, filho de UR-NAMMU, que o sucedeu e reinou de 2094 a 2047 a.C. (cf., por ambos, Samuel Noah Kramer, *A História começa na Suméria*, trad. Fernando Piteira Santos, Lisboa, Europa-América, 1963, pp.25 e ss.). A obra de GILISSEN é anterior à tese revisionista de YILDIZ/KRAMER (reedições/traduições da obra de 1976); por isso, não a incorpora. De nossa parte, sobretudo por amor à tradição, continuaremos a referir este monumento jurídico como “Código de Ur-Nammu” — inclusive porque, em seu prólogo, recordam-se precisamente os feitos de UR-NAMMU, “*homem forte, rei de Ur, rei da Suméria e da Acádia*”, qual homenagem ao grande líder, que em seu tempo chegou a se auto-intitular “*aquele que, segundo as leis justas do deus Babbar, estabeleceu o reinado do Direito sobre a terra*”. Sobre os atributos e as referências arqueológicas a UR-NAMMU, veja-se, por todos, Federico Lara Peinado, Federico Lara Gonzáles, *Los primeros códigos de la humanidad*, Madrid, Tecnos, 1994, p.XXVe 53-55.

²⁶⁷ John Gilissen, *Introdução...*, p.63.

provavelmente não serviram como *leis*, tal como as entendemos²⁶⁸, mas como **julgamentos de direito** (“*dinât misharim*”), i.e., “*ensinamentos indicando o caminho aos juízes*”: cada frase, geralmente breve, descreve um caso concreto e lhe dá a solução jurídica, “*a meio caminho entre o concreto e o abstracto*”²⁶⁹ (a exemplo do que seriam, hoje, os ementários de jurisprudência). A ser assim, tais monumentos jurídicos aproximar-se-iam muito mais dos repositórios hodiernos de direito processual (por destinarem-se aprioristicamente aos julgadores, não aos cidadãos), ou — ainda melhor — dos repositórios de “direito sumular” (à maneira das súmulas de jurisprudência editadas por tribunais judiciais, ou dos próprios ementários há pouco citados), do que propriamente dos nossos repositórios atuais de direito material (códigos civis e penais).

II. Em seara propriamente processual, encontram-se regras de procedimento já no Código de Ur-Nammu, regulando a conduta das testemunhas com sanções que se impunham em caso de mendácia ou recusa de compromisso. Assim, lê-se, no preceito de n. XXVII (dir-se-á doravante “artigo”), que “*se um homem compareceu como testemunha e foi declarado em perjúrio, custará quinze “gín” de prata*; e, da mesma forma, lê-se no artigo XXVIII que “*se um homem compareceu como testemunha e se recusou a prestar juramento, indenizará aquele no que seja objeto do processo*”.

Constata-se, por tais regras, que o perjúrio ou falso testemunho — a que se equiparava, na prática, a recusa de juramento — era severamente punido, a ponto de se responsabilizar a testemunha pelas próprias perdas suportadas pelo autor (indenização pelo equivalente ao objeto do processo), quando se negasse a cooperar com o processo. E o dado

²⁶⁸ *Lei em sentido material*, i.e., texto ou fórmula significativo de preceito genérico, emanado pela autoridade competente com a observância das formas estabelecidas, para alterar a ordem jurídica da comunidade (cf. Oliveira Ascensão, *O Direito*, p.284).

²⁶⁹ John Gilissen, *Introdução...*, p.61. Em sentido diametralmente oposto, SALDANHA obtemperou, no Brasil, que a “*linguagem hipotética*” do Código de Hammurabi (“*se [...] então [...]*”) outorgar-lhe-ia a condição de *complexo arcabouço normativo*, a ponto de se poder considerá-lo verdadeira Constituição em sentido formal (Nelson Saldanha, *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, pp.43-44). Parece-nos melhor a posição de GILISSEN, embora — ver-se-á — no Código de Hammurabi já surjam normas processuais mais sofisticadas, algumas aplicáveis ao próprio juiz (artigo 5º), o que denota maior grau de generalidade e abstração, caminhando para o que hoje se conhece como “*lei*”; pelo conteúdo, porém, não soa adequado falar em “*Constituição*”, já que não se tratou ali de organização política (senão, talvez, entre os artigos 26 e 34), mas sobretudo de procedimentos, de relações jurídico-privadas, de delitos e de penas.

arqueológico revela que tais hipóteses sequer se resolviam na esfera meramente civil (i.e., mediante multas e indenizações), a despeito da omissão do Código de Ur-Nammu quanto a outras sanções (o que significaria, a rigor, tratamento menos severo que o reservado pelos ordenamentos contemporâneos, que geralmente preveem o crime de falso testemunho, ao qual se associam penas privativas de liberdade²⁷⁰). É que havia, para certos casos, até mesmo sanções corporais:

“No processo da época do Shulgi havia extremo rigor com as pessoas que se negavam a prestar depoimento em juízo e a recusa a esse dever era interpretada como prova de falsidade das declarações que se pretendia obter. Há registro de uma ata de julgamento de um processo de difamação em que duas mulheres que prestaram falso testemunho foram marcadas em suas faces e humilhadas com a retirada dos véus que cobriam suas cabeças”²⁷¹

Pode-se intuir, com isso, que os sumérios conferiam grande importância ao que hoje designamos por *dever de cooperação*, com amplo sufrágio nos códigos de processo contemporâneos (veja-se, *e.g.*, o artigo 139 da ZPO alemã, o artigo 266º do CPC português e os artigos 340 e 341 do CPC brasileiro); provavelmente, a religiosidade que então impregnava o sentido de dever imprimia ares de sacralidade ao próprio dever de depor perante a autoridade (cujos poderes, acreditava-se, emanavam direta ou indiretamente — por delegação do rei — da autoridade divina²⁷²). Não se tem notícia dos resultados práticos de tamanho rigor processual; mas é certo que, se tal procedimento conferia enormes garantias à elucidação do que modernamente se convencionou chamar de “verdade real” (ao menos em tese), também proporcionava vilipêndios odiosos ao patrimônio e à própria integridade de terceiros, em condições que hoje se julgariam manifestamente desproporcionais. Tem-se, pois, um exemplo eloquente do grau de afetação que o processo pode impor à dignidade da pessoa humana, quando a noção de autoridade é a única a regê-lo (ignorando-se, *e.g.*, a dimensão material dos direitos civis imbricados²⁷³), ou — por

²⁷⁰ Assim, *e.g.*, no artigo 342 do Código Penal brasileiro, no artigo 360º do Código Penal português e no §154 do StGB alemão.

²⁷¹ Alexandre Freire Pimentel, *op.cit.*, p.55.

²⁷² Convém, aqui, reproduzir a advertência de FREIRE PIMENTEL (*op.cit.*, p.40): “É preciso [...] não confundir sistemas jurídicos que se legitimaram através de inspirações em entidades divinas na elaboração de normas, mas que não instituíram regras jurídico-religiosas, como ocorreu com os sumérios e os gregos, com outros que jurisdicizaram regras religiosas, a exemplo do direito hebreu e muçulmano”.

²⁷³ Evidentemente, o conceito de “civil rights” — para nós, mais comumente, *liberdades fundamentais* (cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999,

extensão — quando o seu nível de abstração conceitual não permite entrever e ponderar os interesses jusfundamentais interferentes²⁷⁴.

III. A segunda codificação da História surgiu entre 1873 e 1863 a.C. (provavelmente em 1880 a.C.), durante o reinado de LIPIT-ISHTAR, quinto soberano da dinastia de Isin, uma das cidades-estados da antiga Suméria. Deste “código”, hoje conhecido pelo nome de seu rei — *Código de Lipit-Ishtar* —, encontraram-se o prólogo, o epílogo e 37 preceitos; no prólogo, identificou-se a sua finalidade: “*estabelecer o direito nas regiões da Suméria e da Acádia*”²⁷⁵. E, com efeito, conquanto redigido basicamente na língua suméria, seu texto também continha frases na língua acádia²⁷⁶. Tratou, entre outros temas, das relações agrárias, do dever de indenizar em casos de soçobro, da pena de morte, da caducidade de certos direitos e de certos modos de perda e aquisição da pessoa e da propriedade²⁷⁷.

No plano processual, dispôs o Código de Lipit-Ishitar, em seu artigo 22, que “*se um homem acusa injustamente a outro homem em um assunto que não conhece, esse homem,*

p.371) — não existia entre os sumérios; logo, desconhecidos os chamados “direitos de resistência” (e a sua *eficácia vertical*), nada havia a contrapor o poder da autoridade, que decidia por inspiração divina. Não obstante, foi o *Código de Hammurabi* — ainda na civilização cuneiforme, certa de 400 anos depois de Ur-Nammu — a primeira codificação humana a consagrar, a seu modo, um *rol de direitos comuns a todos os homens livres* (a vida, a propriedade, a honra, a família e, para mais, a própria *supremacia das leis* em relação aos governantes), como destaca, entre outros, MORAES (*Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp.24-25); e, ainda antes, o *Código de Lipit-Ishtar* (1873-1862 a.C.) registrou o “reconhecimento do direito dos mais pobres” (Freire Pimentel, *op.cit.*, p.55), tangendo a noção que depois viria a compor a essência dos direitos humanos de segunda geração (*direitos sociais*). O próprio *Código de Ur-Nammu* é definido, em seu prólogo, como um “regulamento de paz”, cabendo ao rei o papel de justiça e proteger os mais fracos (órfãos, viúvas e pobres), além de garantir a liberdade de cada um — o que parece remeter, a um só tempo, às *três dimensões* dos direitos do Homem (direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos de solidariedade), cujos contornos remontam ao século XVIII e seguintes. GILISSEN também destaca essa “precocidade” dos direitos cuneiformes, embora a associe ao pensamento jurídico da Alta Idade Média: “*O direito babilónico da época de Hammurabi apresenta assim certas analogias com o direito proveniente do movimento de paz dos séculos XI e XII da Europa Ocidental*” (*Introdução...*, p.62).

²⁷⁴ Como observa BEDAQUE, “*a forma e a técnica deve ser compreendidas em conformidade com as exigências do devido processo constitucional e com os objetivos do instrumento*”, que é dar satisfação a interesses jurídico-materiais; ou, dito de outro modo, “*a valorização excessiva da técnica processual produz resultados danosos, representando verdadeira inversão de valores*” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo, Malheiros, 2006, p.571).

²⁷⁵ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, p.61.

²⁷⁶ Cf. Freire Pimentel, *op.cit.*, p.55.

²⁷⁷ FREIRA PIMENTEL (*op.cit.*, p.56) considera estar aí radicada a origem mais remota da *usucapião*, nos termos do artigo 23 (pelo qual um terceiro podia adquirir o domínio da coisa alheia se a utilizasse por três anos e pagasse ao soberano, nesse período, a renda correspondente, não paga pelo titular).

que não pode fazer a prova de sua acusação, suportará a pena relativa ao assunto em que injustamente acusou”. Não se trata, aqui, daquela pura percepção totalitária do dever de cooperação (Ur-Nammu), mas de uma *sanção material* para o acusador que não se desincumbisse da prova de suas alegações. Aparentemente, condenar-se-ia o acusador às penas do ato ilícito que falsamente imputara a outrem, à semelhança das sanções penais hodiernamente cominadas para a calúnia ou para a denúncia caluniosa (mas, àquela altura, ainda com a “medida” do Talião). O “ não provar” equivalia à falsidade da acusação, o que implicava imputar ao acusador, no processo, o ônus da prova; mas as consequências jurídicas da não desincumbência não eram meramente processuais, atingindo diretamente os interesses materiais da pessoa envolvida.

IV. O Código de Hammurabi inspirou-se, em diversas passagens, nas disposições do Código de Ur-Nammu; mas foi ainda além, transluzindo o mais alto grau de evolução entre os monumentos jurídicos cuneiformes e, ao mesmo tempo, todo o caráter despótico, teocrático e patriarcal do reinado de HAMMURABI. Nele estão as mais vívidas representações escritas da Lei de Talião, como se lê em seu artigo 196 — “*se alguém vazou um olho de um homem livre, ser-lhe-á vazado o olho*” —, ou no artigo 197 — “*se ele partiu um osso de um homem, ser-lhe-á partido o osso*”²⁷⁸. Mas ali também estão recolhidas curiosas regras de procedimento, em particular no seu capítulo I (“*Dos Sortilégios e dos Juízos de Deus*”), que encerra apenas dois artigos. O artigo 2º trata de procedimentalizar o tal “juízo de Deus” (ao modo das *ordálias* medievais):

“Se alguém imputou a um homem actos de feitiçaria, mas se ele não pôde convencê-lo disso, aquele a quem foram imputadas as actividades de feitiçaria irá ao rio; mergulhará no rio. Se o rio o dominar, o acusador ficará com a sua casa. Se este homem for purificado pelo rio, e se sair são e salvo, aquele que lhe tinha imputado actos de feitiçaria será morto; aquele que mergulhou no rio ficará com a casa do seu acusador”²⁷⁹.

²⁷⁸ Não, porém, sem uma distinção em desfavor dos socialmente menos favorecidos (os “homens vulgares”): lê-se, logo na sequência, no artigo 198: “*se vazou um olho de um homem vulgar ou partiu seu osso, custará uma mina de prata*”. Mesmo no tempo do Talião, havia os “mais iguais que os outros”, a demonstrar que as injustiças sociais não foram privilégio histórico do capitalismo.

²⁷⁹ Os excertos são extraídos da obra de Gilissen (*Introdução...*, pp.65-66). Em inglês, na tradução de L. W. King, pode-se obter o texto integral em <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/hamcode.asp#text> (acesso em 06.01.2013).

Pelo excerto, observa-se como a *religião* influenciava os direitos cuneiformes — e, por conseguinte, os processos de formação de juízos públicos —, mesmo nas fases mais recentes daquela civilização. A sorte do réu era entregue ao “Rio”; e, por ele, à divindade²⁸⁰ (supondo-se “videntes”, e não meramente causais, os fenômenos da natureza). Na verdade, a religiosidade foi um traço marcante das civilizações mesopotâmicas, desde o período pré-sumeriano, com reflexos em todos os seus ritos e cerimoniais sacros (vários dos quais relacionados à vida jurídica); assim, p. ex., nas cerimônias de casamento, os reis amiúde vestiam-se com trajes que os assemelhassem aos deuses e às figuras lendárias, como Gilgamesh e Dumuzi²⁸¹.

Outras disposições processuais do Código de Hammurabi recuperaram a linha repressiva dos monumentos anteriores, quicá com maior rigor. O artigo 3º dispôs que “*se um homem, em processo, apresenta-se como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ele deverá ser morto*”. O preceito foi provavelmente inspirado na norma do artigo 22 do Código de Lipit-Ishitar (*supra*, n. III), com a especificação da sua hipótese para os casos de processos que podiam redundar na aplicação da pena de morte: o testemunho não corroborado por outras provas — que se igualava ao falso testemunho — atraía para a testemunha as mesmas sanções que recairiam sobre o acusado se fosse ao final condenado. Observe-se que não se distinguia bem as figuras do acusador (*parte*) e da testemunha; talvez por isso, em processos de tal gravidade, não se admitisse o depoimento único como prova bastante.

Fugindo, porém, a esse padrão inquisitorial, o artigo 5º dispôs sobre a “*Prevaricação dos Juízes*”, prevendo o seguinte:

²⁸⁰ Segundo a crença de antanho, ilustrada em estela hoje aos cuidados do Museu do Louvre (Paris), o próprio deus-sol Schamasch teria inspirado HAMMURABI na redação de seu “código”. Com efeito, acredita-se que o texto tenha sido redigido pelo próprio HAMMURABI (cf., e.g., Freire Pimentel, *op.cit.*, p.59 e nota n. 72), ou ao menos sob sua influência direta.

²⁸¹ Cf. Pierre Amiet, “*Clyptique susienne archaïque*”, in *Revue d’Assyriologie et d’Archéologie Orientale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1957, v. LI, n. 3, pp.125 e ss.

“Se um juiz julgou uma causa, deu uma sentença e exarou um documento selado e depois alterou o seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão. Além disso, fã-lo-ão levantar-se de seu trono de juiz na assembléia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo”.

Como se vê, positivou-se nesse artigo, incipientemente, a garantia da **imutabilidade das sentenças** (quicá — embrionariamente — a da própria *coisa julgada*²⁸²), hoje disseminada em todos os códigos de processo ocidentais (veja-se, *e.g.*, o artigo 463 do CPC brasileiro e o artigo 666º, 1, do CPC português). Via-se, pela primeira vez em textos, uma **garantia processual em favor da parte**, cuja violação trazia, para o magistrado, duas sanções: uma de ordem civil (o dever de indenizar o sedizente prejudicado em até doze vezes a quantia em questão²⁸³) e outra de ordem administrativa (vedava-se-lhe participar, como juiz, de quaisquer outros julgamentos²⁸⁴). Supostamente, a alteração tampouco valia, preservando-se a sentença tal como prolatada originalmente, aquando do selamento; do contrário, aquelas não seriam genuínas sanções, mas uma espécie de “preço”, incompatível com o sentido de autoridade do processo de antanho. E, é claro, o ônus da prova da alteração incumbia à parte interessada (assim como, presumivelmente, o ônus de comprovar a redação original).

O texto do artigo 5º também corrobora a tese de que, ao menos nos tempos de HAMMURABI, a magistratura era exercida por *juízes*, reunidos em *órgãos colegiados*. Sabe-se que, ao final, esses juízes eram nomeados pelo rei, entre anciãos e notáveis, com funções delegadas e itinerantes (embora inicialmente as sedes dos tribunais tenham sido os templos, e seus juízes, os sacerdotes); também há notícia de julgamento prolatado por assembleia de cidadãos (Nippur), em curioso caso de viúva que, por não comunicar às

²⁸² Insinua-o FREIRE PIMENTEL, ao obtemperar ser “*sustentável que também a figura da coisa julgada [...] seja mais antiga do que normalmente se imagina, na medida em que a não alteração da sentença a transforma em lei para o caso concreto*” (*op.cit.*, p.61).

²⁸³ “*Mutatis mutandis*”, essa sanção corresponderia à responsabilidade civil prevista no artigo 133 do CPC brasileiro, que vincula o juiz em casos de dolo ou fraude.

²⁸⁴ “*Mutatis mutandis*”, essa proibição corresponderia à “demissão” ou “exoneração” prevista nos ordenamentos atuais (veja-se, *e.g.*, o artigo 42, VI, da LOMAN brasileira).

autoridades o assassinato do marido, foi acusada de “encobridora” e absolvida por maioria²⁸⁵.

V. Por toda a exposição, é cediço que, entre os povos mesopotâmicos da civilização cuneiforme, virtualmente **não houve garantias processuais** (nem como *conceito*, nem como *técnica*, nem tampouco como *prática*), senão pontualmente, como *técnica*, apenas no período hammurabiano. O rudimentar processo sumério-babilônico fora concebido na estrita perspectiva da *autoridade*, sem sequer noções difusas de “direitos” ou “poderes” processuais exercitáveis pelas partes; os procedimentos eram dotados de oralidade, mas certos atos exigiam registro (como as atas de julgamento, normalmente lavradas em tábuas de argila); os atos processuais não observavam uma sequência predefinida (senão, talvez, consuetudinariamente), como tampouco tinham forma ou conteúdo ditados em texto; assim, cabia à autoridade processante — geralmente órgãos colegiados — agir conforme o seu prudente arbítrio, com liberdade para decidir sobre todos os aspectos do litígio, tanto na instrução como na decisão. Somente com o Código de Hammurabi, o processo babilônico conheceu alguma procedimentalização de base textual, restrita a *dois artigos* (1º e 2º), numa compilação de duzentos e oitenta e dois²⁸⁶. Em todo o período, a preocupação fundamental dos textos foi exprimir, para além das máximas de julgamento, as normas de **disciplina processual** (algumas das quais culminavam em verdadeiras *condenações*, com nítida afetação jurídico-material, sucedendo o objeto do processo ou retrocedendo a pena

²⁸⁵ Cf. Kramer, *op.cit.*, pp.83-86. A mulher chamava-se NIN-DADA; os assassinos de seu marido — identificados como NANNA-SIG, KU-ENLIL e ENLIL-ENNAM (um escravo) — foram todos condenados à morte. A narrativa consta de duas placas de argila recolhidas na região de Mesopotâmia, provavelmente lavradas por volta do ano 1850 a.C. (*antes* do Código de Hammurabi). Como foram encontradas outras placas referindo a mesma história, supõe-se que o caso tenha adquirido certa notoriedade entre os sumérios mais cultos, qual uma “jurisprudência” (cf. Freire Pimentel, *op.cit.*, p.63). Mal comparando, tratar-se-ia do primeiro registro histórico de um *tribunal popular*, à maneira dos atuais tribunais de júri. Em termos jungianos, isso pode sugerir que a noção mesma de *julgamento pelos pares* seja milenar, integrando arquetipicamente um presuntivo “inconsciente coletivo” partilhado por diversos povos (cf., e.g., Carl Gustav Jung, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo* (1934-54), trad. Elena Schanzer, Antonio Vitolo, Torino, Bollati Boringhieri, 1977, *passim*); a ser assim, tal “noção” seria bem anterior ao “*mallum*” franco (*infra*) e à consagração do “*trial by jury*” nos direitos de raiz anglo-saxônica.

²⁸⁶ Nada obstante, esse laivo de procedimentalização chega a ser festejado por alguns autores, talvez com algum exagero. Cf., e.g., J. M. Othon Sidou, *Processo civil comparado*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.20. Segue-o FREIRE PIMENTEL, afirmando que “o código de Hamurabi indicava uma priorização para o aspecto procedimental do fenômeno jurídico, o que de resto ocorreu com todas as legislações desse período e até mesmo, mais tarde, com a lei romana das XII Tábuas” (*op.cit.*, p.60). Com a devida vênia, a informação histórica disponível não autoriza qualquer termo de comparação entre a procedimentalização incipiente dos povos mesopotâmicos e a intrincada procedimentalização que o processo romano conheceu (*infra*, tópico 7.3).

do fato imputado). Não havia hipóteses formais de recusa ou resistência legítima aos poderes do juiz: a dimensão do processo que os mesopotâmicos melhor conheceram, à mercê das evidências arqueológicas amealhadas, foi a dimensão **punitiva**²⁸⁷.

Esse quadro somente evoluiu — se bem que ligeiramente — nos derradeiros séculos da civilização cuneiforme, ainda sob Hammurabi²⁸⁸, quando se positivou, pela primeira vez na história da humanidade, uma *garantia processual da parte em face do juiz* (artigo 5º), à maneira das garantias processuais modernas (em face do *Estado*). Até então, havia apenas garantias **do** processo, i.e., da sua integridade e de seus escopos (em especial quanto aos deveres das testemunhas). Já com o Código de Hammurabi, afirmou-se indelevelmente a **primeira garantia escrita do cidadão no processo**, em detrimento da própria autoridade processante.

Logo, quem houver de perquirir o mais remoto antecedente histórico do “*procedural due process of law*” nas sociedades humanas, encontrá-lo-á no **Código de Hammurabi**, em seu artigo 5º; e não antes²⁸⁹.

²⁸⁷ Apesar disso, e da mínima procedimentalização textual, FREIRE PIMENTEL sustenta que “*foram os sumérios os instituidores da técnica processual, sobretudo porque é possível atribuir ao vocábulo técnica um sentido geral coincidente com o de arte*”; e, para sufragar sua ideia, elencava pouco antes uma série de indícios interessantes: “*as leis eram ensinadas aos jovens; na era de Hamurabi a jurisdição era exercida por juízes; os juízes decidiam de acordo com a lei e não podiam alterar suas sentenças [artigo 5º do Código de Hammurabi]; os atos processuais eram documentados em autos de argila; as decisões judiciais eram reproduzidas e discutidas. Isso se aparenta como suficiente para concluir pela existência de uma técnica processual, mas como não há provas acerca de uma teoria jurídica [embora haja notícia de uma “doutrina” incipiente — as placas de ANA ITTISHU, com comentários às leis, destinados ao ensino de estudantes e ao manuseio de juízes e escribas], e nem parece razoável isto supor, é também possível concluir que os sumérios babilônicos não chegaram a instituir uma ciência do direito*” (op.cit., p.66). Somos obrigados, à mercê dos argumentos, a anuir com ambos os pontos.

²⁸⁸ Após a morte de HAMMURABI, os mesopotâmicos amargaram sucessivas invasões — hititas, kassites, aqueus, medos e persas —, que interromperam os seus progressos civilizatórios e desagregaram sua sociedade, por absorção e também por feudalização (John Gilissen, *Introdução...*, p.64).

²⁸⁹ O mesmo não se poderia dizer do “*substantive due process of law*”, que consubstancia o direito a juízos hermenêutico-concretizadores da proporcionalidade e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (paradigma “*taking from A and giving to B*” — v., *supra*, o Capítulo 2 desta Parte I), porque o devido processo substantivo não se confunde com a garantia legal-textual de certas situações processuais jurídico-subjetivas (que se podem reconhecer no Código de Hammurabi, mas em parte e por mera aproximação, dentre as suas fórmulas casuísticas) e tampouco com a simples enunciação de certos direitos “comuns” a todos os homens livres (v., *supra*, nota n. 273).

7.2. SOLUÇÃO PÚBLICA DE CONFLITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS NA GRÉCIA

I. O Direito, na Grécia antiga, assumiu contornos singulares, ligados à tradição, aos procedimentos orais e às instituições políticas; mas tampouco chegou a evoluir como ciência (*supra*, nota n 287). Não foi pensado como sistema, nem sequer elaborado na perspectiva de uma unidade nacional (que, de fato, jamais existiu); daí ser talvez exagerada a afirmação de JAEGER, que identificou na Grécia o surgimento do primeiro “Estado jurídico”²⁹⁰. Afinal, como ressalta GILISSEN, nem mesmo se poderia falar de um “direito grego”,

“mas de uma **multidão de direitos gregos**, porque, com exceção do curto período de Alexandre o Grande, não houve nunca unidade política e jurídica na Grécia Antiga. Cada cidade tinha o seu próprio direito, tanto público como privado, tendo caracteres específicos e evolução própria. Nunca houve leis aplicáveis a todos os Gregos; no máximo, alguns costumes comuns. Na realidade, conhece-se mal a evolução do direito da maior parte das cidades; apenas Atenas deixou traços suficientes para permitir conhecer os estádios sucessivos da evolução do seu direito”²⁹¹.

Exatamente por isso, os meios de solução pública de conflitos existentes nas civilizações cretense (séculos XX a XV a.C.), micênica (séculos XVI a XII a.C.) e mesmo ao tempo das comunidades clânicas, sobre serem agudamente arcaicos, são praticamente desconhecidos. Tais civilizações viviam em regimes fortemente autocráticos e seus sistemas sociais assentavam-se em vínculos de solidariedade que se estendiam indistintamente a todos os membros do grupo. Somente com a formação das cidades

²⁹⁰ Werner Jaeger, *Paidéia: a formação do homem grego*, trad. Arthur M. Parreira, São Paulo, Martins Fontes, 1995, p.134. A rigor, sequer se poderia dizer que as nações gregas da Antiguidade constituíram-se em “Estado”, mesmo sob ALEXANDRE MAGNO (cf., por todos, Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, pp.46 e ss.); nem tampouco em “Estado de Direito”, tal como hoje o concebemos. No entanto, pode-se aduzir, em favor da ilação de JAEGER, que ao menos “*el concepto de Constitución, en el sentido de organización del mundo social, fue ya fijado por los griegos*”, na linha do que intuiu ARISTÓTELES: “*la Constitución es el orden establecido en la ciudad, la manera cómo se distribuyen entre los ciudadanos las magistraturas y cómo se preare el ejercicio de la autoridad. Esta definición que implica la toma de posición de los ciudadanos en la vida política, es la que caracteriza a la democracia, en la que todos los hombres libres toman parte en el ejercicio del poder, gozan de iguales derechos y son igualmente ciudadanos*” (Casimiro A. Varela, *Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p.20). Cf. ainda, no mesmo sentido, J. Moureau, *Aristóteles y su escuela*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, pp.226-227.

²⁹¹ John Gilissen, *Introdução...*, p.73 (g.n.).

(“*polis*”), após o paulatino agrupamento dos clãs, houve suficiente organização política para que se pudesse engendrar, nos processos públicos de solução de conflitos, alguma *racionalidade*, formal ou material, para além da pura discricionariedade do rei (*βασιλεὺς* — “*basileus*”) ou tirano.

Como se pode intuir, esse gradiente de racionalidade variou de modo diretamente proporcional ao “*standard*” de liberdade que vicejou em cada regime político que se ergueu. Por isso mesmo, o mais importante modelo técnico-processual do mundo grego floresceu em **Atenas**, em virtude do *regime democrático* que se estabeleceu a partir do século VIII a.C. (especialmente entre 580 e 338 a.C., durante a *época clássica*, quando os cidadãos legislavam diretamente — por meio da assembleia ou “*ecclesia*”²⁹² — e eram administrados pelo conselho ou “*Bulé*” — que reunia quinhentos cidadãos tirados à sorte anualmente e outros tantos magistrados, eleitos ou tirados à sorte²⁹³). As notícias do direito ateniense chegaram aos nossos dias pelos escritos de oradores e filósofos, em especial os literários²⁹⁴, permitindo ali um estudo mais cuidadoso, à diferença do que se passou em períodos anteriores e em outras cidades-estados.

Por conseguinte, este tópico debruçar-se-á basicamente sobre a configuração do chamado *processo ático*, apenas para nele divisar o que então poderia ser interpretado como *garantias* dos cidadãos atenienses, no plano procedimental e também no substantivo (em decorrência do processo), já que essas dimensões eram indistinguíveis, como se dirá. Mais além, nesse mesmo contexto, far-se-á rápida incursão na sistemática da *citação* ática, que

²⁹² Do grego *ἐκκλησία*. De se ver que, àquela altura, Atenas possuía entre 6.000 e 40.000 cidadãos, o que permitia reuniões públicas em campo aberto (mesmo porque escravos e metecos, que somavam centenas de milhares, não votavam nem participavam da vida política da “*polis*”). Cf., por todos, Valério Massimo Manfredi, *Akropolis: A grande epopéia de Atenas*, trad. Mario Fondelli, Porto Alegre, L&PM Editores, 2008, *passim*.

²⁹³ John Gilissen, *Introdução...*, p.74. Quanto às acepções da expressão “*magistrado*” na Grécia e em Roma, inconfundíveis com a sua acepção contemporânea, vejam-se as notas ns. 306 e 317, *infra*.

²⁹⁴ GILISSEN (*idem*, p. 75) refere, dentre essas, as principais fontes escritas — *raras*, pois “*o direito das cidades gregas não parece ter sido formulado nem sob a forma de textos legislativos, nem sob a de comentários de juristas; o direito derivaria mais duma noção mais ou menos vaga de justiça que estaria difusa na consciência coletiva*”. São elas: (a) as epopéias de Homero (para todo o período arcaico, e não apenas sobre Atenas); (b) os discursos do fim da época clássica ateniense (em especial os de DEMÓSTENES e ISEU); (c) escritos literários e filosóficos, como os de PLATÃO, ARISTÓTELES e PLUTARCO; e (d) inscrições jurídicas diversas. O autor refere, ainda, a “Lei de Gortina” e a “Lei de Dura”, documentos descobertos bem mais recentemente (em 1884 e em 1922, respectivamente), que retratam o direito material — direitos e deveres — aplicado em outras cidades gregas, não em Atenas.

provavelmente encerrava a principal garantia processual em vigor naquele tempo (*informação e contraditório*).

II. A ideia de um processo como *instrumento de garantia de direitos subjetivos* ganha forma em Atenas após as leis da DRÁCON, de 621 a.C., que pôs fim à solidariedade familiar entre os atenienses — pela qual os membros de um clã poderiam ressarcir-se com ou vingar-se de qualquer um dos membros de outro clã, se desse último proviesse o autor da ofensa ou dano contra aquele primeiro clã ou contra seus membros — e obrigou os cidadãos a *recorrerem aos tribunais* para solucionar os conflitos entre clãs. Essa garantia aprofunda-se com SÓLON, que estatui, entre as suas três leis mais democráticas (na percepção de ARISTÓTELES²⁹⁵), aquela que permitiu à generalidade das pessoas comuns levar seus litígios às cortes de justiça.

Essas leis vieram garantir, a todo cidadão ateniense, a sua integridade física e patrimonial, em condições ordinárias, ainda que um membro de seu clã ofendesse ou lesasse membros de outros clãs; quaisquer afetações aos seus interesses ou à propriedade coletiva de seu clã passariam, necessariamente, pelo crivo dos tribunais atenienses. A partir de então, transparece à posteridade, em contornos mais claros, a evolução institucional que conduziu, na imagem de BRACKTON, à distinção entre “*iurisdictio*” e “*gubernaculum*”²⁹⁶. E talvez ali se tenha descortinado, pela primeira vez na História, a inexorável *convergência* entre o *devido processo formal* (na perspectiva do monopólio estatal da coerção) e o *devido processo substancial* (na perspectiva da preservação da vida, da liberdade e do patrimônio)

²⁹⁵ In verbis: “The most democratic of Solon's enactments were these three: first and greatest, the forbidding of loans on the person, secondly, the granting of redress to any that chose to sue for it, and thirdly, what is said more than all else to have strengthened the arm of the common people, the right of appeal to the courts of law; for, made master of the vote, the people becomes master of the constitution. [...] These then appear to be the democratic elements in the laws of Solon. His cancellation of debt seems to have been done before he made the laws. After this came his increasing of weights and measures and appreciation of the currency” (Aristóteles, *Athenian Constitution*, H. Rackham Ed., in <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0046> — acesso em 17.11.2012).

²⁹⁶ O “*gubernaculum*” importava em exercício soberano e autocrático de poder político, sem racionalidade procedimental, sendo o rei — ou seus delegados — o autor de todos os atos de governo e poder, “*inacessíveis a limitações e impassíveis de questionamentos (inclusive judicial)*”; a “*iurisdictio*”, por sua vez, implicou atribuição de *competências* aos tribunais, que decidiam sob certos padrões passíveis de intelecção racional, ainda quanto à sombra do rei. Cf. Nelson Saldanha, *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1980, pp.54-56. A distinção, atribuída a BRACKTON (ver, *infra*, nota n. 596), data do século XII ou XIII.

para a garantia integral da pessoa humana — ainda que, àquela altura, tais conceitos fossem desconhecidos. Na esfera penal, banuiu-se a figura da “*vingança privada coletiva*” e introduziu-se a noção de “*vingança pública*”, que adiante evoluiria para a ideia de *justiça penal* (estatal), cujo capital corolário é o *processo penal*. O *processo*, em suma, foi alçado à condição ordinária de **garantia legal-formal do cidadão**, sobretudo diante das pulsões de autotutela dos demais membros da “*polis*”.

Ainda sob SÓLON, as leis de 594 e de 593 a.C. suprimem a propriedade coletiva dos clãs e a servidão por dívidas, estabelecem o testamento e a adoção e instauram a igualdade civil formal²⁹⁷. Com isso, o direito ateniense começou a rumar para o horizonte *individualista* que viria a consagrá-lo, no apogeu, sob CLÍSTENES e PÉRICLES²⁹⁸. Esse traço individualista refletiu-se intensamente no sistema processual.

O processo ático desenvolvia-se mediante *procedimento oral*, incumbindo às partes o ônus da prova dos fatos que alegassem (em percepção ainda rudimentar do princípio dispositivo), embora se admitisse, em situações excepcionais, que o próprio juiz assumisse a iniciativa da produção probatória²⁹⁹. No entanto, posta a decisão, cabia à parte favorecida — assim como àquela que titularizasse um direito certo ou um direito não contestado — providenciar, com meios privados, a satisfação dos seus interesses³⁰⁰ (o que significa que, mesmo após as leis de DRÁCON, as execuções procediam-se basicamente por meio de *ações diretas*). Conquanto existentes, as regras para os expedientes da excussão eram

²⁹⁷ Ideia já bem amadurecida em 353 a.C., quando sobre a *lei* se lê, do ateniense DEMÓSTENES, que “*é necessário por um lado, que o texto seja transcrito e afixado à vista de todos perante os Epônimos; por outro lado, que a lei proposta se aplique igualmente a todos os cidadãos; enfim, que as leis contrárias sejam derogadas; sem falar doutras prescrições, cuja exposição, parece-me, não teria interesse para nós neste momento. Em caso de infração a uma só destas regras, qualquer cidadão pode denunciá-la*” (Discurso XXVI, “*Contra Timócrates*” — g.n.). Vê-se ainda, no excerto, o reconhecimento precoce de outra garantia fundamental do cidadão nos Estados Democráticos de Direito, que é a **publicidade** das leis.

²⁹⁸ John Gilissen, *Introdução...*, p.74.

²⁹⁹ Werner Jaeger, *Paidéia...*, p.134.

³⁰⁰ Ugo Enrico Paoli, “*L’Antico Diritto di Gortina*”, in *Antologia Giuridica ed Antiquaria*, Milano, A. G. Milano, 1968, v. I, p.45. Com base em excertos da “Lei de Gortina” (*supra*, nota n. 294), o autor conclui pela semelhança entre os procedimentos executivos de Gortina e de Atenas clássica, pontuando que, em ambos os casos, “*l’execuzione [...] è lasciata [...] all’arbitrio di chi ne è titolare*”.

mínimas; e, em geral, regiam por exclusão (havia, por exemplo, uma relação geral de bens “impenhoráveis”, que não podiam ser apropriados pela parte vencedora)³⁰¹.

Sabe-se também que, à semelhança do processo no sistema das “*legis actiones*” (tópico 7.3.2) e, de resto, em quase todos os modelos antigos de processo, “*o direito subjetivo praticamente vive e se faz valer como ação*”, não havendo ainda qualquer distinção, teórica ou prática, entre o direito de ação e o direito substantivo pretendido; da mesma forma, jurisdição e competência não se distribuíam ou graduavam, ademais, apenas em função da natureza do direito litigioso, mas também em função da pessoa que o reclamava (se cidadão ou meteco, p.ex.)³⁰². Ao lado das ações privadas, ademais, a possibilidade de o cidadão ateniense interferir com a gestão da justiça pública caminhou com a própria evolução da democracia na pólis, concedendo-se-lhe, a certa altura, a prerrogativa de mover ações públicas extraordinárias (assim, e.g., para indicar ao magistrado um culpado contra o qual se devesse proceder na via administrativa, ou para conduzir o magistrado a um local em que devesse exercitar seu ofício administrativo contra a violação de um direito, ou ainda para denunciar um orador que falasse em praça pública estando incapacitado de exercer as suas funções políticas de cidadão, porque alcançado por uma “*atimia*”³⁰³), como também a de mover ações populares concernentes ao controle dos magistrados (assim, e.g., acusando-o de conduta ilegal no exercício de suas funções)³⁰⁴. Havia, pois, ações públicas *integrativas* do ofício do magistrado, por um lado, e ações públicas *em detrimento* da pessoa do magistrado, por outro.

³⁰¹ Werner Jaeger, *Paidéia...*, p.134.

³⁰² Ugo Enrico Paoli, “*Processo Attico*” (verbete), in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1939, v. X, pp.614 e ss. V. também Ugo Enrico Paoli, “*Processo Attico*” (verbete), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1966, v. XIII, pp.1093 e ss.

³⁰³ O ateniense alcançado por uma “*atimia*” (do grego “*ἀτιμία*”) tampouco podia servir como jurado na “*Heliea*”, ou sequer intentar ações judiciais perante os tribunais. Nada obstante, seguia transmitindo sua cidadania aos filhos. Era o modo mais eficaz de eliminar todas as ambições políticas de um cidadão. Cf., por todos, Mogens Herman Hansen, *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes: A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century B.C.*, Odense, Odense University Press, 1976, v. 8 (*Odense University Classical Studies*), *passim*.

³⁰⁴ Enrico Paoli, “*Processo Attico*”, in *Nuovo Digesto Italiano*, pp.615-617. Convém lembrar que, no direito público antigo, não se distinguia entre “poderes” judiciais e administrativos, ao menos da maneira como hoje fazemos; daí que a expressão “magistrado”, nesse contexto, não designava necessariamente um “juiz” na acepção moderna do termo, mas tão só um agente público graduado. Assim, p.ex., o “*archōn polemarchos*” ateniense tanto detinha funções militares, na sua origem, como depois — após 487-486 a.C. — deteve funções religiosas, administrativas e jurídicas.

As ações ordinárias, públicas ou privadas, iniciavam-se pela citação do adversário para comparecer perante certo magistrado. A depender da natureza do direito e/ou da condição pessoal das partes envolvidas, a competência seria de determinada classe de magistrados. Ao foro dos *arcontes* eram apresentadas as ações públicas ou privadas relativas às questões e direitos familiares; ao foro dos *basileus*, as ações públicas por impiedade e as ações privadas decorrentes de crimes de sangue; ao foro dos *polemarcos* (que pertenciam à categoria dos arcontes), as principais demandas envolvendo metecos (estrangeiros); ao foro dos *estrategos* e dos curadores dos arsenais, todos os crimes militares; e ao foro dos *tesmotetas*, por fim, ocorria a maior parte das ações, porque eram eles os funcionários especialmente designados para a guarda das leis atenienses: cabia-lhes julgar desde os crimes que ameaçavam diretamente a segurança da pólis (na sua incolumidade perante inimigos externos, nas suas instituições, no seu crédito, na regularidade da sua atividade administrativa etc.) até as ameaças indiretas, que decorressem de ofensas privadas capazes de também comprometer os interesses mais vitais da cidade.

Tanto o pedido do autor como a resposta do réu — com possibilidade de apresentar exceções, se as tivesse — deveriam ser confirmadas por juramentos de parte a parte. Seguia-se a fase instrutória, com a previsão legal de vários meios de prova (de documentos a testemunhas, passando novamente pelos juramentos solenes, muito comuns nos processos antigos e medievais). Após, o magistrado condutor do processo devia introduzir a respectiva causa no tribunal julgador correspondente, com as alegações e as provas todas já colhidas. Isso porque o juízo perante jurados era a regra em Atenas, como atestam as fontes mais fidedignas que a respeito nos chegaram (os repositórios retóricos dos oradores áticos); aliás, de todos os informes “judiciários” que resistiram ao tempo, poucos foram os que não se pronunciaram perante o tribunal dos heliastas³⁰⁵. E era já perante os tribunais que se designavam as audiências, anunciando o número de juízes que as acompanhariam e ao final decidiriam. Geralmente eram colegiados numerosos, a refletir, no plano processual, todo o esplendor democrático da “*práxis*” grega: as composições oscilavam de um mínimo de duzentos e um juízes (para causas privadas de menor valor) a quinhentos e um juízes (para

³⁰⁵ Cf. Georges Perrot, *El Derecho Público de Atenas*, trad. Luís de Terán, Madrid, La España Moderna, 1910, pp.185-186.

causas públicas), podendo mesmo chegar ao excepcional número de *seis mil* juízes, no caso da “*Eliea*”³⁰⁶.

No que diz com a “*Eliea*”, a propósito, é particularmente relevante estudar o *teor* do chamado “juramento elástico” — condição formal para que o cidadão integrasse os quadros ativos do tribunal popular soberano —, porque revela muito sobre as capacidades criativas dos tribunais atenienses. No início do ano, o ateniense deveria jurar que agiria sempre “segundo a lei”, mas não apenas; quando a lei faltasse, ou mesmo quando estivesse presente, jurava-se também julgar “de acordo com a opinião mais justa”. Para BISCARDI e ROMAN BORGES, isto significava que as decisões judiciais não estavam restritas aos conteúdos legais (= legislativos) e também podiam “criar” o direito, concretizando o conceito ampliado de “*vóμος*” (= “lei” ou “norma”) na acepção grega clássica. Nesse sentido,

“[n]ão havia entre os gregos o princípio romano do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito), seja porque não havia especialidade, sendo todos a um certo modo juristas, seja porque caberia às partes buscar construir uma decisão para o caso concreto. O juiz, ao julgar, portanto, tinha uma ampla discricionariedade, especialmente porque o risco de seu desvio poderia ser corrigido facilmente [...]”³⁰⁷.

III. Por fim, especificamente quanto ao ato processual de *citação* (a respaldar, no processo moderno, a ideia do “*acto trium personarum*” e a própria garantia do contraditório), o modelo processual ático também subministra interessantes lições, indicativas de que já se pronunciava a percepção de que se tratava de uma efetiva *garantia* do réu. Pelo teor das orações judiciárias, como também pelos discursos forenses de

³⁰⁶ Enrico Paoli, “*Processo Attico*”, p.618. A “*Eliea*” ou tribunal dos heliastas era o máximo tribunal popular ateniense, formado por cidadãos de todas as classes, sorteados entre os membros das diversas tribos com pelo menos trinta anos de idade e de plena posse de todos os seus direitos cívicos. Substituiu o “*Areopago*”, especulando-se que tenha sido criada por SÓLON no século VI a.C. Na tradição pública ática, o número “6.000” representava a unanimidade.

³⁰⁷ Guilherme Roman Borges, *O Direito Constitutivo: Um resgate greco-clássico do Nóminon Éthos como Eutaksía Nómini e Dikastikí Áskisis*, Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p.198. Cf. também Arnaldo Biscardi, “*Diritto greco e scienza del diritto*”, in *Scritti di diritto greco: a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi*, Arnaldo Biscardi (org.), Milano, Giuffrè, 1999, pp.150 e ss.; também Arnaldo Biscardi, “*La ‘gnome dikaiotatē’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne*”, in *Scritti di diritto greco...*, pp.89-90. BISCARDI foi orientando de ENRICO PAOLI em Florença, sendo provavelmente os maiores jusgrecistas italianos do século XX, ao lado de CANTARELLA.

DEMÓSTENES, pela obra remanescente de LÍSIAS e ANTIFONTE e até pelas sátiras dos comediógrafos, tem-se uma ideia aproximada de como se desenrolavam os atos processuais no modelo ático, e quais eram as formalidades exigidas para a validade e a continuidade de seu processo; tais fontes indicam que, já no nascedouro do processo ático, a citação era um ato processual fundamental. Providência inicial em toda e qualquer ação ordinária, fosse pública ou privada (exceção feita às ações penais públicas decorrentes de prisões em flagrante delito ou relativas a crimes notórios, quando o acusado podia ser conduzido preso à presença do magistrado), a citação tinha caráter eminentemente *oral*, sendo efetuada diretamente pelo autor contra o réu, na presença de testemunhas; e para tanto bastava uma única testemunha, sem a qual a citação não seria válida. Na comédia “*As Vespas*”, de ARISTÓFANES, isso bem se demonstra, quando se descreve a citação de FILOCLEONTE: “*É mais um que vem, ao que parece, para citá-lo; veja, tens a tua testemunha!*”. Pouco antes, certa padeira dizia:

“Como! Estás brincando comigo? Bem, quem quer que sejas, cito-te ante os comissários do mercado, para que me indenizes por perdas e danos. QUEROFONTE, que está aí, será minha testemunha”.

E, dirigindo-se à testemunha, o acusado objeta:

“E tu, QUEROFONTE, serás testemunha desta mulher amarelada, [...] precipitando-se desde uma rocha aos pés de EURÍPIDES?”

Tudo a revelar, portanto, que havia, para o ato citatório, uma formalidade “*ad probationem tantum*” que se reputava imprescindível para a validade do próprio ato e, consequentemente, de todo o processo.

Após a citação, as partes deveriam comparecer em juízo, não antes de cinco dias daquela providência. Nesse interregno, enquanto o réu preparava a sua defesa, o autor subministrava ao magistrado os fatos e fundamentos de sua pretensão, além de efetuar depósito prévio para garantir a cobertura de despesas e de um eventual ressarcimento ao “*ex adverso*”, caso perdesse a demanda. De acordo com escritos platônicos, todas as tarefas

relativas à instrução processual — nas quais se inseriam os procedimentos de citação — incumbiam a magistrados mais jovens, enquanto os julgamentos incumbiam aos grandes colegiados. Se o réu não fosse encontrado para a citação pessoal, essa última poderia ser substituída por uma citação ficta, realizada na casa do demandado, na presença de seus familiares ou mesmo de seus vizinhos, à semelhança das “citações com hora certa” do processo contemporâneo. Mas não se realizavam citações em dias festivos ou consagrados a divindades religiosas.

A citação, em qualquer de suas modalidades, gerava para o réu o dever de comparecer perante o juiz, juntamente com as testemunhas que possuísse. Ausentando-se, era considerado contumaz, o que importava em uma liminar condenação, a não ser que justificasse adequadamente a falta. Nesse particular, bem se vê que o processo ático era mais evoluído, no que diz com a sua instrumentalidade, que o processo romano das “*legis actiones*” (*infra*, tópico 7.3.2): no modelo ático, ausente o réu citado, o processo seguia seu curso até uma solução final, com consequências deletérias para o ausente; já no modelo romano mais primitivo, como veremos, o processo não teria início sem a presença de ambas as partes perante o pretor. Aviava-se, ainda que rudimentarmente, a noção de *ônus* processual.

Mas, se aquele comparecimento era entendido sobretudo como um dever público, já se divisava também algo de sua dimensão garantista (i.e., a sua percepção como *direito* do réu, ínsito às garantias de presença, contraditório e defesa), na medida em que havia salavaguardas institucionais da pólis para a comparência: quem impedisse um homem livre de se apresentar ao magistrado, como parte ou testemunha, sujeitava-se a punições; e, se a obstrução determinasse a ausência, o processo reputava-se nulo. A estrutura processual revelava, assim, o profundo zelo do pensamento grego com a preservação das liberdades e de todos os seus consectários, notadamente nas relações entre o cidadão e a pólis. Nas palavras de AZEVEDO,

“a um povo que primava pelo alto sentido emprestado às liberdades individuais, a necessidade de citação se impunha como condição primeira à continuidade do processo; se é verdade que existia a contumácia, também é certo que esta somente se verificava após a constatação efetiva do desinteresse do réu em se defender. [...] Em

conclusão: embora estivesse o direito ático longe de possuir aquela objetividade e precisão próprias do direito honorário dos romanos, principalmente no que diz respeito à organização judiciária, não é possível relegá-lo a um plano que, via de regra, quase tangencia no total desconhecimento de suas instituições. [...] Consoante muito bem assinala Gaudemet, semelhanças aparentes, paralelismos, analogias ou meras coincidências, todo este conjunto [...] está a revelar que o pensamento grego exerceu, efetivamente, uma influência indiscutível nas doutrinas jurídicas e políticas de Roma, para não dizer de toda a Europa”³⁰⁸.

Legado indelével, portanto. Se bem que muito menos festejado, decerto repercutiu fortemente nas concepções do processo judicial antigo.

7.3. SOLUÇÃO PÚBLICA DE CONFLITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS NO DIREITO ROMANO

7.3.1. LEI DAS XII TÁBUAS. O PROCESSO PENAL ROMANO NOS TEMPOS DA REPÚBLICA

I. É sabido que o Direito Romano conheceu um período *arcaico* ou *pré-clássico* (da fundação³⁰⁹ até finais do século II a.C.³¹⁰), quando era ainda primitivo, destinado a uma sociedade rural e baseado na solidariedade clânica; um período *clássico* (de cerca de 150 a.C. a 284 d.C.³¹¹), quando se consolidou como sistema jurídico-objetivo coerente e racional, próprio de uma sociedade evoluída e individualista, e deu origem a um sistema

³⁰⁸ Cf. Luiz Carlos de Azevedo, *O direito de ser citado: perfil histórico*, São Paulo, Resenha Universitária/FIEO, 1980, pp.69-89 (especialmente pp.86-89). Já para o texto integral de ARISTÓFANES (em castelhano), v. Aristófanis, *Las Avispas*, [s.l.], Edición eBook, 2012, in <http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/04-as-vespas.pdf> (acesso em 17.11.2012). O título da comédia deve-se precisamente à apresentação dos numerosos juízes do tribunal ático caracterizados como *vespas*, compondo o coro.

³⁰⁹ A origem lendária, associada às personagens RÔMULO e REMO, remonta a 753 a.C. (século VIII a.C.).

³¹⁰ MOREIRA ALVES indica, como marco, a Lei *Aebutia*, de data incerta, entre 149 e 126 a.C. (*Direito Romano*, v. I, p.02).

³¹¹ O dado cronológico é de JOHN GILISSEN. MOREIRA ALVES, porém, aponta, como marco, o término do reinado de DIOCLECiano, em 305 d.C. (*Direito Romano*, v. I, p.02).

científico correspondente; e um período *pós-clássico* ou *romano-helênico* (Baixo Império Romano, do século III d.C. até a morte de JUSTINIANO³¹²), de um direito caracterizado pela atividade legiferante dos imperadores, pelo absolutismo imperial e pelos influxos do cristianismo³¹³.

No direito arcaico, a organização política romana tinha fortes traços teocráticos, sendo provável que o rei, chefe militar, possuísse também o *status* de chefe religioso, cabendo ao seu colégio pontifical as atividades próprias de um conselho judicial. Há evidências históricas de que os tribunais judiciais, àquela altura, seguiam procedimentos ditados ou inspirados pelo direito religioso. Somente com as reformas iniciadas com a proclamação da Lei das XII Tábuas e ultimadas em meados do século II a.C., a assistência pontifical na jurisdição civil e as sanções de fundo religioso na jurisdição penal foram definitivamente extintas³¹⁴, convergindo-se progressivamente para um processo laico e racional. Daí porque, emblematicamente, iniciaremos o exame do processo romano com um breve olhar sobre a Lei das XII Tábuas.

O texto legislativo que se convencionou denominar como “Lei das XII Tábuas” data provavelmente de 451 a 449 a.C., ainda no período pré-clássico (considerando-se, como marco cronológico, a Lei *Aebutia*). Segundo MOMMSEN, “*as crianças aprendiam de memória nas escolas as Doze Tábuas, tal como faziam os gregos com a Ilíada*”³¹⁵; tem-se, com isso, uma boa ideia do papel *formador* que a ideia de direito imanente àquela lei teve para a sociedade romana pré-clássica. Conta-se que foi redigida por dez “*decemviri*” a pedido dos plebeus, que se queixavam das arbitrariedades então praticadas pelos magistrados patrícios^{316, 317}. Logo, de certo modo, teria sido forjada “*ab ovo*” com o

³¹² A morte de JUSTINIANO deu-se em 565 d.C. Na verdade, paralelamente à tripartição do Direito Romano em antigo, clássico e pós-clássico, dá-se o nome de **direito justinianeu** àquele vigente na época em que reinou JUSTINIANO, de 527 a 565 d.C. (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.02).

³¹³ John Gilissen, *Introdução...*, p.81.

³¹⁴ Abel H. J. Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, New York, Clarendon Press/Oxford, 1901, pp.08-09 (fac-símile da série “*Elibron Classics Replica Edition*”, Adamant Media Corporation, 2005).

³¹⁵ Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.97.

³¹⁶ John Gilissen, *Introdução...*, p.86. No mesmo sentido, MOREIRA ALVES: “*A Lei das XII Tábuas resultou da luta entre a plebe e o patriciado. [...] Um dos objetivos dos plebeus era o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código, o que viria refrear o arbítrio dos magistrados patrícios contra a plebe*” (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.28). De fato, porém, a Lei das XII Tábuas não foi um “código”, no sentido moderno (John Gilissen, *Introdução...*, p.87).

propósito de servir como **declaração de garantias** para o cidadão plebeu. O texto teria sido gravado em doze tábuas — donde o seu nome — e afixado no fórum romano; ulteriormente, com a invasão dos gauleses (390 a.C.), teria sido destruído. Houve controvérsias quanto à sua real existência, quanto à sua origem e quanto à sua autenticidade³¹⁸. Sua reconstituição atual — que também é controvertida³¹⁹ — baseia-se em citações de CÍCERO e AULO GÉLIO e em comentários de LABEO e GAIO reunidos no Digesto³²⁰.

Tecnicamente, a Lei das XII Tábuas não foi mais que uma compilação escrita dos costumes romanos da época, sob a forma de fórmulas lapidares, destinada a resolver certos conflitos entre plebeus e patrícios. Para GILISSEN, revelou um estágio de evolução jurídica comparável ao de Atenas no tempo de DRÁCON e SÓLON³²¹: aboliu a

³¹⁷ Observe-se que o termo “magistrado”, em Roma, não tem a mesma acepção hodierna, amiúde restrita aos órgãos do Poder Judiciário e/ou do Ministério Público. Como esclarece GILISSEN, “*o magistrado romano é um órgão da cidade [i.e., da administração], um titular do poder (potestas); difere assim do magistrado ateniense, que não é afinal senão um agente da assembleia. Os magistrados são em princípio designados por um ano; são geralmente em número de dois, por vezes numerosos. Entre eles, os cônsules, titulares do imperium, dispõem do comando militar e do governo da cidade; presidem às assembleias, podem propor leis, tiveram talvez no início um poder de jurisdição. Os pretores são sobretudo, mas não exclusivamente, magistrados judiciais; organizam os processos, designam os juízes. Houve outros magistrados, tais como os edis curuis, os tribunos, os questores, os censores; ao todo, no século III a.C., 28 magistrados, ajudados por alguns auxiliares*”. Hoje, ao contrário, “*em numerosos países, o termo “magistrado” designa unicamente membros da lei judiciária que são chamados a julgar ou a requerer a aplicação da lei. Na baixa idade média e nos tempos modernos, o termo era muitas vezes utilizado para designar os administradores da cidade, por exemplo os escabinos*” (Introdução..., p.82 — g.n. — e nota n. 23). Sobre os **magistrados judiciais** em Roma — que mais se aproximariam dos atuais magistrados —, vide Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.227-223. Vide ainda, *supra*, a nota n. 293.

³¹⁸ O italiano ETTORE PAIS afirmou que o texto conhecido como “Lei das XII Tábuas” não seria um texto legislativo produzido de uma só vez em meados do século V a.C., mas uma compilação oficial pautativa de primitivos costumes do povo romano, terminada nos fins do século IV a.C.; e, ainda assim, não autêntica, pois faz alusão ao “*asse*”, moeda romana que surgiu muito depois do século V. a.C. O francês LAMBERT foi além, sugerindo que o texto em questão seria uma coleção de brocardos jurídicos elaborada pelo jurisconsulto SEXTO ÉLIO PETO CATO, que foi cônsul romano no ano 198 a.C. (logo, século II a.C.) e escreveu uma obra célebre, intitulada “*Tripertita*”, sobre a própria Lei das XII Tábuas. Para o detalhamento comparativo dessas controvérsias, cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.30-32. Sobre a “*Tripertita*” de SEXTO ÉLIO — que, segundo CÍCERO, estaria entre os “velhos intérpretes” (“*veteres interpretes*”) da lei decênvira (De Legibus, II, 23, 59) —, cf. Greenidge, *The Legal Procedure...*, pp.27-28 (com a sugestiva glosa “*the beginnings of jurisprudence*”).

³¹⁹ Segundo MOREIRA ALVES, a reconstituição atual “*se fez com base numa hipótese que parece pouco fundamentada: sabemos que o jurisconsulto Gaio escreveu uma obra sobre a Lei das XII Tábuas e seis livros; conjectura-se, então, que cada um deles abrangia comentários a duas tábuas. É com base nisso que se estabelece a tábua a que deve pertencer cada um dos fragmentos conhecidos*” (*Direito Romano*, v. I, p.29).

³²⁰ John Gilissen, *Introdução...*, p.86.

³²¹ Aliás, pela tradição, não haveria nisso qualquer coincidência: “*Em 454 a.C., segue para a Grécia uma embaixada, composta de três membros, para estudar a legislação de Sólon. Quando de seu retorno, em 452*

solidariedade clânico-familiar, mas — ao contrário das leis draconianas (621 a.C.) — preservou, dos tempos primitivos, a autoridade quase ilimitada do “*pater familias*”; reconheceu a igualdade jurídico-formal; proibiu as guerras privadas; reconheceu o direito de testar; tornou toda terra formalmente alienável³²²; e — naquilo que aqui interessa mais de perto (três primeiras tábuas) — *instituiu um processo penal de bases seguras e regulou atos do procedimento civil*^{323, 324}.

II. Também se sabe que o processo civil romano é convencionalmente classificado em três sistemas sucessivos, a saber, o das **ações da lei** (“*legis actiones*” — *infra*, tópico 7.3.2), o **formulário** (“*per formulas*” — *infra*, tópico 7.3.3) e o **extraordinário** (“*cognitio extraordinaria*” — *infra*, tópico 7.3.4). O primeiro sistema foi utilizado no período pré-clássico (até 149-126 a.C.), em que também foi proclamada a Lei das XII Tábuas (entre 451-449 a.C.). Logo, em sede processual, dir-se-ia que a Lei das XII Tábuas “pertenceu” ao sistema das “*legis actiones*”. No entanto, as suas peculiaridades e a sua importância histórica como monumento jurídico recomendam o seu estudo apartado.

No sistema das “*legis actiones*”, como se verá com vagar, o chamamento do réu a juízo (“*ius uocatio*”) era incumbência do autor. E, com efeito, a Lei das XII Tábuas previa, na fase de introdução de instância (Tábua I, 1 e 2), que o autor, ao encontrar nas ruas o réu, deveria chamá-lo a juízo, empregado os termos solenes (“*verba certa*”). Caso o réu se recusasse a atender, o autor poderia tomar testemunhas e conduzir o réu à presença do magistrado judicial, ainda que tivesse de empregar a força. Acrescia-lhe, porém, um ônus, se o réu fosse velho ou enfermo: o autor deveria oferecer-lhe, para a condução, liteira ou cavalo. Transparece outra vez o tratamento indistinto que o processo antigo reservava a

a.C., são eleitos os decênviros, que, durante o ano de 451 a.C., elaboram um código em dez tábuas. Mas, como o trabalho estava incompleto, elege-se novo decenvirato (do qual faziam parte alguns membros do primeiro, e — o que era inovação — alguns plebeus), que, em 450 a.C., redige mais duas tábuas, perfazendo, assim, o total de 12” (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.28).

³²² Uma vez que “*en el derecho [romano] más antiguo no se conocía la propiedad privada sobre el suelo*” (Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.42).

³²³ Os conceitos de *processo/procedimento penal* e de *processo/procedimento civil* são, aqui e em todo este § 7º, utilizados por aproximação, pois “*the spheres of civil and criminal jurisdiction of no modern state correspond exactly to those of Rome, nor indeed were the spheres marked out in precisely the same manner at different periods of Roman history*” (Greenidge, *The Legal Procedure...*, p.06). No mesmo sentido, quanto à relativa indistinção entre *delitos civis* e *penais* (sobretudo na Roma pré-clássica), vide, *supra*, a nota n. 5.

³²⁴ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, p.87 (exceto quanto ao processo/procedimento civil).

partes e testemunhas, dada a possibilidade de se conduzir a juízo, coercitivamente, o próprio réu; remanescem, ademais, traços do direito primitivo e do desforço privado, uma vez que a condução forçada haveria de ser promovida pelo próprio autor, e não por agentes do Estado (“*manu militari*”)³²⁵. Por outro lado, observa-se, já no V século a.C., a presença da **forma** como *garantia processual*: ao que tudo indica, o réu somente estava obrigado a atender a convocação — sob pena de condução forçada — se o autor empregasse a “*verba certa*”. Essa suposição ampara-se no próprio espírito do sistema das “*legis actiones*”, que — ver-se-á — foi extremamente *formalista*, a ponto de sacrificar interesses materiais quando não se observava certa forma (podendo-se falar, em muitos aspectos, de uma **superfetação da forma**, transmutando *garantia* em *obséquio*). Outras passagens e documentos sugerem que, mesmo nessa fase, o demandado poderia eximir-se de comparecer a juízo, se fornecesse ao demandante um “*uindex*”, que o substituiria, “*litigando em seu lugar*”³²⁶.

³²⁵ O que, de resto, acontecia no *processo ático* (*supra*) e se perpetuou em Roma, sobretudo nas “*actiones in rem*”, em que “*o demandado, após ter sido vencido com a declaração de que o sacramentum era justo* [no caso da “*actio sacramenti*”], *perdia a posse da coisa imediatamente, sem se considerar sua vontade, já que o vínculo era apenas entre o demandante e o objeto do litígio. A execução era feita imediatamente e estava presente neste ato privado, pelo qual o vencedor do litígio tomava a coisa e a integrava no seu patrimônio*” (Sérgio Muritiba, *Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p.19 — *g.n.*). O mesmo se passava no *direito germânico antigo* (cujo esboço histórico-crítico terminamos por suprimir desta Tese, ante a aparente inexistência de quaisquer regras ou instrumentos que lembrassem as garantias processuais modernas), onde se considerava “*toda falta de cumprimento da obrigação como ofensa à pessoa do credor*”, de modo que “*este era autorizado a reagir e a reparar o seu direito lesado, pelo emprego da força, sem necessidade de dirigir-se a qualquer terceiro, autoridade, ou particular, para o exame imparcial de suas afirmações*” (cf., por todos, Enrico Tullio Liebman, *Processo de Execução*, Araras, Bestbook, 2001, pp.25-26). Entre os romanos, a “*técnica*” do desforço privado para a satisfação dos interesses judicialmente chancelados só seria definitivamente abolida com a generalização das “*actiones iudicati*”, que surgiram como mecanismo de efetivação das decisões que condenavam ao pagamento de certa quantia e foram ulteriormente extendidas a todos os casos, de direitos obrigacionais a reais, suprimindo paulatinamente a força executiva das ações reais. Voltaremos a elas nos tópicos 7.3.3 e 7.3.4.

³²⁶ Cf., por todos, Max Kaser, Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, C. H. Beck, 1996, pp.64-66: “*Der Geladene selbst darf sich der mittels manum inicere erlaubtermaßen ausgeübten Gewalt des Ladenden nicht widersetzen. Nur einen Dritten, der als vindex auftritt, wird gestattet, den Geladenen dem Zugriff des Ladenden zu entziehen; mit welcher Wirkung, ist allerdings umstritten. Sicher ist nur, daß er sich durch unberechtigtes Eintreten dem Ladenden haftbar machte. In diesem Zusammenhang hat ein weiter XII-Tafelsatz Bedeutung, wonach für einem Grundbesitzer wieder nur ein Grundbesitzer vindex sein kann*” (p.66). Veja-se, também, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.239-240. Como se vê, os textos romanos não deixam claro se se tratava, em termos modernos, de algo como uma *representação* (como houve, no processo formulário, tanto na instância “*in iure*” como na instância “*apud iudice*”, levando inclusive a uma das hipóteses de “*actiones*” com transposição de sujeito), de algo como uma *substituição processual* (que, embora não o diga a lei brasileira, pode ser ativa ou passiva: na expressão alemã, “*aktive oder passive Prozessstandschaft*”) ou, ainda, de algo como uma *sucessão subjetiva*; mas se supõe que, em tais casos, o “substituto” pudesse ser responsabilizado pessoalmente em caso de sucumbência, o que os aproximaria da figura da **sucessão processual** (como parece sugerir o fato — citado por KASER [*supra*] — de que, se o

Obtida a nomeação do “*iudex*” — deflagrando-se a instância “*apud iudicem*”³²⁷ —, determinava a Lei das XII Tábuas (Tábua I, 7 e 8) o obrigatório comparecimento dos litigantes; mas, nesse estágio processual, o não comparecimento teria consequências diversas daquelas previstas na introdução de instância: ausente uma das partes, o “*iudex*” deveria aguardar até o meio-dia; e, se não chegasse até esse horário, o juiz popular ditaria sentença favorável ao litigante comparecente. Eis aí o registro histórico mais remoto da *revelia*, com efeitos próximos àqueles conhecidos das legislações processuais hodiernas.

Em matéria executória, a Lei das XII Tábuas é o primeiro monumento jurídico romano conhecido a prever claramente a “*manus iniectio*” como instrumento processual de execução (Tábua III, 1). Naquele tempo, o procedimento da “*manus iniectio*” não fugia à tendência do direito arcaico: era formalista, primitivo e rude³²⁸. O réu condenado a pagar certa importância na “*actio sacramenti*”, na “*iudicis postulatio*” ou na “*condictio*” — dito “*iudicatus*” — ou aquele que houvesse confessado a razão do autor na fase “*in iure*” — dito “*confessus*” — deveria solver sua dívida em trinta dias (os “*dies iusti*”). Não o fazendo, esse devedor poderia ser conduzido à presença do magistrado judicial, de bom grado ou à força, pelo seu credor, que seguraria uma parte de seu corpo perante a autoridade e pronunciaria a seguinte fórmula solene:

demandado fosse proprietário de bem imóvel, o “*uindex*” teria de sê-lo também; é, ademais, o que ocorreu mais tarde, no sistema formulário, com a “*actio in factum*” que se dava ao autor contra o “*uindex*” ausente; e, também, o que ocorria no procedimento da “*manus iniectio*”). No entanto, cotejando o “*uindex*” da “*in ius vocatio*” com o da “*manus iniectio*”, KASER e HACKL viram diferenças bem mais sensíveis, observando que “*die beidem Typen des vindex stehen sich jedoch weniger nahe, als vielfach angenommen wird. Beiden ist offenbar gemeinsam, daß der vindex einem mittels manum unicere vollzogenen rituellen Zugriff eines anderen auf eine dritte Person mit einem vermutlich gleichfalls ritualisierten Akt entgegentritt, mit dem er diese Person aus dem Zugriff befreit, dafür aber dem Zugreifer eine Haftung übernimmt. In dem Funktionem und den ihnen angepaßten Folgen weichen sie jedoch stark voneinander ab*”. No direito processual brasileiro, sobre a distinção entre as figuras da *representação*, da *substituição processual* e da *sucessão* (com base, respectivamente, nos artigos 12 e 36, no artigo 6º e no artigo 592 do CPC), cf., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Malheiros, 2001, v. II, pp.114-116, e 2004, v. IV, p.119-124 (em síntese, o representante *não é parte*; o substituto processual — na visão de DINAMARCO — *é parte legitimada extraordinariamente*, defendendo interesse alheio em nome próprio; e o sucessor *é parte legitimada ordinariamente*, mas em caráter *secundário* ou *independente*, pois o sujeito passa a figurar em uma relação jurídica processual ou material preexistente, ocupando as posições jurídicas antes imputadas a outro sujeito).

³²⁷ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.241.

³²⁸ *Idem*, p.252-251.

“*Quod tu mihi iudicatus (siue damnatus) es sestertium X milia, quando non soluisti ob eam rem ego tibi sertertium X milium iudicati manum iniecio*”³²⁹.

Diante disso, ao réu abriam-se duas possibilidades: ou pagava a dívida (e a “*manus iniectio*” não prosseguia), ou indicava um “*uindex*” (terceiro) para, em seu lugar, contestar a legitimidade do pedido do autor (alegando, *e.g.*, a nulidade da sentença ou a quitação da dívida). Não podia defender-se pessoalmente. A indicação do “*uindex*” liberaria o devedor, mas implicaria a instauração de um novo processo, no qual seria parte o próprio “*uindex*”; se as suas alegações de defesa fossem recusadas, ele mesmo seria condenado a pagar o dobro da dívida primitiva.

Caso não ocorresse nem uma coisa nem outra, o devedor originário era “adjudicado” ao credor, podendo ser preso a cadeias com peso não inferior a quinze libras, por sessenta dias, vivendo às suas próprias expensas ou às expensas do devedor (tendo direito, nessa hipótese, a no mínimo uma libra de farinha). Nesse período de detenção, se não se concilhassem, o credor era obrigado a levar o devedor a três feiras sucessivas, para apregoar, no “*comitium*” (perante o magistrado), o valor da dívida, dando-o a conhecer publicamente para que parentes ou amigos lhe solvessem o débito. E, se tampouco ali o abonassem, o devedor podia ser morto ou vendido, como escravo, fora dos limites de Roma. É claro que a plena satisfação dos direitos do credor devia-se sobretudo ao temor à morte e/ou à escravidão; assim, os pregões em feiras também funcionavam como uma espécie de “garantia” para o devedor, já que a provocação pública de terceiros para lhe quitar o débito — dir-se-ia, hoje, *remição* (como previam os artigos 787 a 790 do CPC brasileiro, revogados pela Lei n. 11.382/2006) — era um expediente *obrigatório*, tendente a lhe abreviar a privação de liberdade e escusar a sua morte ou alienação.

³²⁹ “*Porque tu me debes por julgamento (ou por condenação) dez mil sestércios, e não me pagaste, lanço a mão sobre ti [“manus iniectio”] por causa dos dez mil sestércios*”. Essa fórmula foi transmitida à posteridade por GAIO (*Institutas*, IV, 21); em razão dela (e da expressão “*damnatus*” nela contida), autores modernos acreditaram haver uma *terceira hipótese* da utilização da “*manus iniectio*” (além da execução do “*iudicatus*” e do “*confessus*”): a execução do devedor obrigado por “*damnatio*”, tanto em caso de “*nexum*” como no legado “*per damnationem*” (cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.250 e nota n. 383; cf., ainda, Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 6^e éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1977, p.148).

É flagrante, contudo, que — para os padrões atuais — o procedimento executório da “*manus iniectio*” era manifestamente desproporcional, ignorando qualquer outro valor jurídico que não o patrimônio e suas projeções relacionais (créditos e débitos). E, diversamente do que inspirava a violência de outros procedimentos do direito antigo (como, *e.g.*, o sumério-babilônico — *supra*), o excesso de rigor no processo romano pré-clássico servia mesmo à *satisfação dos interesses do autor*, não à punição de quem resistisse à autoridade do julgamento — até porque “*a sentença, no processo das ‘legis actiones’, é irrecorrível, mas se o réu não quiser executá-la, no caso de ter sido condenado, o ‘iudex’ não pode obrigá-lo, com emprego de força, a cumpri-la, pois é ele um simples particular, não dispendo, portanto, do ‘imperium’*”³³⁰. Nessa perspectiva, o devedor não tinha praticamente *qualquer garantia* (a não ser, no período de detenção, a garantia elementar de *subsistência* — ração mínima de farinha — e a de ter a sua dívida apregoada no “*comitium*”). Adiante, sequer as garantias elementares (vida e liberdade) eram concedidas: assim é que, perpetuando-se a inadimplência, o devedor podia ser vendido ou morto; e, no caso de concurso de credores, além de *matá-lo*, haviam de *esquartejar o seu cadáver* no além-Tibre (Tábua III, 6)³³¹. Dificilmente se conseguiria imaginar um processo de

³³⁰ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.241-242. Ademais, mesmo na “*manus iniectio*”, a coerção era nitidamente **instrumental**: ligava-se ao exercício da “*coercitio*”, que era o poder-de-agir concreto do magistrado no desempenho de suas atividades oficiais, habilitando-o a fazer cumprir coativamente todas as suas ordens, notadamente em casos de insubordinação e desobediência. Logo, os atos de força não decorriam do desrespeito à autoridade da decisão, mas da necessidade de satisfazer o direito. Nas palavras de MOMMSEN, “*el magistrado [...] no debía hacer uso de la coercición [a “coercitio”] contra un acto que él desaprobaba, a la manera como el censor censuraba, sino que tan solo había de emplearla con el fin de hacer posible [...] el necesario despegamiento de su actividad oficial*” (= caráter instrumental); e, para mais, “*si, hablando en términos generales, podemos considerar la desobediencia y la coercición como elementos correlativos, lo propio que sucede con el delito y la pena, sin embargo, en tanto que el concepto de delito estaba perfectamente determinado, por el contrario, no lo estaba el de la desobediencia al magistrado, ni lo estaba tampoco otro íntimamente relacionado con el mismo, a saber: el de la denegación del respeto debido a la magistratura. Si después de haber sido abolida legalmente, en el campo del derecho privado [vide nota seguinte], la ejecución personal por causa de deudas pecuniarias, el deudor de la comunidad continuaba expuesto a dicha ejecución, el fundamento de semejante hecho consistía en que la coercición no tenía necesariamente que intervenir en la ejecución por parte del magistrado, pero podía fácilmente acudir a ella*” (Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, pp.26-28 — *g.n.*). Observe-se, por outro lado, que o Direito Romano relativizava sensivelmente o alcance da “*coercitio*”, tanto em função da pessoa do coagido (cidadão ou não cidadão, varão ou mulher) como em função da autoridade investida (magistrados com “*imperium*”, tribunos da plebe, sumo pontífice — em relação aos sacerdotes sob suas ordens — e autoridades municipais; já os questores e os magistrados inferiores não a exerciam, senão por delegação dos cônsules).

³³¹ “*Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusue secuerent, se fraude esto*”. Historicamente, essa possibilidade legal — que, segundo MOREIRA ALVES, explica-se por ideias religiosas primitivas (*Direito Romano*, v. I, pp.251-252, nota n. 390) — persistiu até a proclamação da célebre *lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C.

execução mais agressivo, a desconhecer quaisquer garantias pró-devedor. Como se verá, todavia, o rigor da “*manus iniectio*” seria abrandado na legislação que sucedeu a Lei das XII Tábuas (*infra*, tópico 7.3.2, nota n. 361).

III. No processo penal, a Lei das XII Tábuas introduziu regra de competência que, uma vez consagrada em texto, provavelmente inspirava aos réus alguma segurança quanto ao juiz “natural” de sua causa (remetendo, pois, a um dos principais conseqüentários modernos do devido processo legal formal — vide, *infra*, o tópico 26.2). Assim é que, em última instância, os *processos capitais* — i.e., aqueles que discutiam a aplicação da pena de morte³³² ao réu — eram conhecidos e decididos pelo Comício centuriado (a “assembleia maior do povo”), supondo-se que, em primeira instância (i.e., até o “*iudicium*”), pudessem ser conhecidos tanto pelos magistrados patrícios como pelos representantes da plebe (há registros históricos de processos penais presididos por tribunos da plebe; veja-se, p. ex., o caso narrado na nota n. 5, *supra*).

Quanto aos procedimentos penais, se no início eles podiam ser basicamente inquisitoriais (em modo de mera “*cognitio*”, com esteio na “*coercitio*” — *supra*, nota n. 330) ou mesmo arbitrais (iniciados a pedido do lesado, com fundamento na equidade e na mediação³³³), tornaram-se depois, no último século da república, predominantemente *acusatórios* (em modo de “*accusatio*”). A comparação, em corte epistemológico transversal, do processo penal romano de “*cognitio*” com o de “*accusatio*” — especialmente no âmbito do sumário de instrução conhecido como “*anquisitio*” — tem o condão de pôr em alto relevo o papel singular que um *procedimento legal-formal preestabelecido* tende a desempenhar em proveito dos cidadãos. Vejamos:

³³² A *pena capital*, no curso da História de Roma, teve as mais diversas configurações e hipóteses (como de resto também ocorrera, até meados do século XIX, com as próprias Ordenações Filipinas, que foram lei vigente no Brasil e em Portugal). Ao tempo do imperador ALEXANDRE SEVERO (222-235 d.C.), o jurisconsulto PAULO condensou, em resumo, o direito penal romano, elencando, àquela altura, as seguintes modalidades de penas (a par das *multas* e das *indenizações pecuniárias*, que também existiam no processo penal): (a) pena de morte em forma agravada (crucificação, fogueira, suplício em espetáculos populares); (b) pena de morte “simples”; (c) condenação às minas; (d) trabalhos forçados perpétuos; (e) trabalhos forçados temporários; (f) deportação; (g) confinamento; (h) relegação; (i) separação do conselho municipal; (j) castigos corporais (para os escravos). Cf. Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, pp.647-651.

³³³ *Idem*, p.223 (inclusive para efeito de *composição civil* — p.42).

- no processo penal por “*cognitio*”, a característica maior era a carência de quaisquer formalidades estatuídas legalmente: não havia formas fixas para a instauração de instância, para o seu encerramento ou para a própria instrução; o magistrado podia sobrestar ou abandonar a causa a qualquer momento, reiniciando-a ou reabrindo-a ao seu inteiro talante, pois “*a cognitio não consentia, por sua própria natureza, que se desse uma absolvição tal, que impedisse abrir de novo o mesmo processo*”³³⁴; o interrogatório era o ato central do procedimento, vedando-se ao acusado negar-se a responder perguntas; o direito de intimar e fazer ouvir testemunhas não conhecia limitações; a defesa do acusado cabia “*si, quanto et quando*” admitisse o magistrado; a ele se vedava tão só que provocasse mutilações corporais (mas podia torturar pessoas não livres, como escravos e mulheres), além de outras poucas limitações impostas pelo costume ou pela lei³³⁵;

- no processo penal por “*acusatio*” (e em especial na “*anquisitio*”, intervindo magistrado e comícios), pressupunha-se o ato de citação do acusado; atendiam-se a prazos fixos predefinidos; havia frequente ensejo a que o magistrado expusesse os elementos constitutivos do delito aos cidadãos dos comícios reunidos para esse fim (“*in contione*”)³³⁶; previa-se o exercício de autodefesa e de defesa por terceira pessoa, independentemente da

³³⁴ *Idem*, p.224.

³³⁵ *Idem*, pp.224-225. Citem-se, como exemplos das “outras limitações”, as seguintes: “*no debían tomarse en consideración aquellas denuncias cuyo autor rehusaba dar su nombre*” (isso porque, na “*cognitio*”, o magistrado podia iniciar o procedimento de ofício ou a partir de qualquer notícia privada, que lhe serviria como testemunho antecipado); “*a los testimonios de los esclavos dados en otras causas no debía prestárseles crédito sino cuando los dieran previa la aplicación del tormento o custión penal*”; “*el testimonio del esclavo contra su próprio señor no debía apreciarse*”; e assim por diante. Aliás, mesmo essas regras — que, diz MOMMSEN, não eram propriamente positivas, mas indicativas — “*no fueron aplicadas nunca de un modo indefectible, sin excepción*”.

³³⁶ Isso “*cuando se tratara de resoluciones inminentes, pero definitivas, que habían de ser tomadas por los ciudadanos*” (Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.116). A propósito, os **comícios** eram assembleias de cidadãos que, na república, tinham quadro configurações: (a) os “*comitia curiata*” (comícios por cúrias), que já existiam na realeza e apreciavam ad-rogações e testamentos, além de votar a “*lex curiata de imperio*”; (b) os “*comitia centuriata*” (comícios por centúrias), nas quais o povo romano dividia-se por classes ou centúrias, com funções eleitorais (elegiam os magistrados maiores), legislativas e judiciárias (como, ao tempo das Doze Tábuas, apreciar a “*provocatio*” contra a sentença de pena capital); (c) os “*comitia tributa*” (comícios por tribos), formados pelas tribos romanas urbanas e rústicas, também com funções eleitorais (elegiam os magistrados menores, i.e., os “*edis curius*” e os “*quaestores*”), legislativas e judiciárias (e.g., apreciação da “*provocatio*” contra sentença que impusesse multa de valor superior a 3.020 asses); e (d) os “*concilia plebe*” (comícios de plebe), que elegiam tribunos e edis da plebe, votavam os *plebiscita* (equiparados às leis a partir da *lex Hortensia*, de 288 a.C.) e apreciavam os recursos contra as multas impostas por magistrados da plebe. Cf., por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.19-23.

vontade ou discrição do magistrado; colhia-se o interrogatório do acusado e produziam-se provas documentais e testemunhais³³⁷.

Como se vê, foi brutal a diferença entre um e outro modelo³³⁸. Afora esses dois, houve, ainda, outros vários procedimentos-tipo em toda a História de Roma, a saber: o *procedimento penal privado*, que encerrava um processo contraditório entre duas partes, ofensor e ofendido, em regime de igualdade formal (de que se faz breve menção abaixo e também na nota n. 347); o *procedimento de júri sob a presidência de magistrado* (pós-republicano, já próprio do principado³³⁹); o *procedimento penal municipal*; o *procedimento penal perante os governadores das províncias*; o *procedimento penal perante os cônsules no Senado* (revivendo, nos tempos da AUGUSTO, o procedimento penal de magistrado e comícios, mas com o Senado como “*consilium*”); o *procedimento penal perante o príncipe e seus delegados* (ressuscitando o processo penal por “*cognitio*” nos tempos do principado); o *tribunal de funcionários* de DIOCLECIANO (no dominato); e os *tribunais especiais de classe*, como os que serviram, em certos períodos, a senadores, a soldados, a funcionários subalternos e/ou a eclesiásticos (precedendo, no fluxo histórico, as jurisdições especiais da modernidade).

Em termos esquemáticos, o procedimento penal romano no qual intervinham o magistrado e os comícios — o mais acusatório de todos, que incluía a “*anquisitio*” e já existia desde os primórdios da república³⁴⁰ — consistia nas seguintes fases: (a) a “*diei dictio*”, que se seguia ao procedimento inquisitorial do magistrado (quando havia) e

³³⁷ Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, pp.116 e pp.225-226.

³³⁸ A ponto de MOMMSEN afirmar — até com certo exagero — que, com o advento do procedimento penal de magistrado e comícios, a “*coercitio*” converteu-se em “*iudicatio*” (o que é indiscutível), “*aplicándose las ideas fundamentales y características del derecho penal en su sentido propio, o sea la idea de la necesidad de una ley penal, sin cuya existencia previa no podía tener lugar el procedimiento que nos ocupa, la idea de un concepto del delito fijado legalmente, la idea de una medida penal determinada por la ley e la idea de un juicio penal regulado por esta misma ley*” (o que já é discutível). *Idem*, p.107.

³³⁹ O principado romano estendeu-ser de 27 a.C. (seguindo-se à república) até 285 d.C. (quando começou o dominato, com DIOCLECIANO).

³⁴⁰ O procedimento penal de magistrado e comícios foi-se espraçando paulatinamente, para ao final da república aplicar-se aos delitos públicos em geral (notadamente a “*perduellio*”, que era o ato de hostilidade à pátria romana, em especial a deserção), às ofensas à plebe (e, posteriormente, a todos os delitos praticados contra Roma) e aos diversos delitos menores aos quais as leis estendiam pontualmente esse procedimento, como em certos delitos que implicavam imposição de multas por edis ou pelo sumo pontífice (MOMMSEN, *Derecho penal romano*, pp.107-108 e 341).

implicava a localização do acusado ou o estabelecimento de um dia para que o mesmo se apresentasse; **(b)** a “*anquisitio*” ou instrução sumária (*supra*), que amiúde se processava perante o magistrado e os cidadãos do comício e oportunizava ao acusado as suas principais garantias no processo; **(c)** o pronunciamento da sentença (“*iudicatio*” e “*multae irrogatio*”), com a absolvição do acusado ou a sua condenação à morte (“*iudicium*”) ou a uma pena pecuniária, em favor da comunidade (“*multam inrogare*”) ou de um de seus tempos (“*in sacrum iudicare*”); **(d)** a interposição de apelação perante a comunidade (“*provocatio*”), na qual o acusado clamava por uma decisão última e definitiva do povo soberano, com efeito suspensivo³⁴¹; e **(e)** a decisão final dos comícios (“*iudicium populi*”)³⁴². A “*provocatio*” nos procedimentos penais tornou-se obrigatória e, como tal, foi positivada na própria lei decenviral³⁴³; outras fases desse procedimento podem ter experimentado modificações ou consolidações tardias, mas sempre sob inspiração da mesma ideologia que informou a Lei das XII Tábuas em messe processual penal: a *restrição do arbítrio judicial*. Por tudo isso, a despeito de seu rigorismo formal e da seu descomedido ímpeto civil-executório, esse monumento jurídico simboliza, em variegados sentidos, um *passo formidável* no sistema processual romano, incorporando um viés lógico-racional e garantista àquilo que, antes, não era mais que uma sucessão de atos discricionários do magistrado, no exercício de um tipo de poder estatal essencialmente político-administrativo (a “*coercitio*”). Mais: na perspectiva do garantismo processual, a

³⁴¹ Se o magistrado desconsiderasse tal efeito processual e executasse a sentença capital, sua ação era equiparada a de um particular — de nada lhe servia, nesse caso, ocupar um cargo oficial — e, na condição de homicida, seria também ele condenado à morte (*idem*, pp.117 e 400).

³⁴² *Idem*, p.115. Nos primeiros tempos da república, o magistrado patrício convocava, para o “*iudicium populi*”, as centúrias patrício-plebéias, enquanto o magistrado plebeu convocava as tribos plebéias; mas — como se viu — a Lei das XII Tábuas modificou esse cenário, conferindo tal competência, nos processos de penas capitais, apenas à “maior assembleia do povo”, i.e., os comícios centuriados (afastando, portanto, a atuação isolada das assembleias de plebeus). O procedimento manteve-se assim durante todos os demais anos da república.

³⁴³ *Idem, ibidem*: “Según la tradición, la ley consular valeria fue la que estableció, al comienzo de la República, [...] la provocación obligatoria en el procedimiento penal, establecimiento que luego vinieron a sancionar de una manera fija y determinada las Doce Tablas; más tarde las leyes porcias, del siglo VI probablemente, y la ley de C. Graco [...], insistieron de nuevo sobre la misma institución, impidiendo, sobre todo la última, el que la provocación fuera eludida, haciendo que el procedimiento penal seguido ante el magistrado envolviera la pérdida del derecho de ciudadano lo mismo que la envolvía el procedimiento por perduelión” (g.n.).

construção desse procedimento foi provavelmente a mais significativa contribuição do gênio legiferante romano-republicano à sua posteridade³⁴⁴.

E não é só. Em sede de *direito penal privado* (i.e., o direito penal aplicável aos delitos praticados contra interesses privados, em contraposição ao *direito penal público*, aplicável aos delitos praticados contra os interesses da comunidade³⁴⁵), o arbítrio judicial foi praticamente *neutralizado* na sistemática em vigor ao tempo da Lei das XII Tábuas. Repetindo MOMMSEN,

“O valor da coisa, ou, o que era o mesmo, a reparação do dano causado nos casos de delitos privados, era um conceito objetivamente fixo [...]. Quando para a imposição da pena não fosse suficiente o valor da coisa, ou se este valor não fosse aplicável ao delito em questão, a lei mesma regulava o arbítrio, cuja intervenção era agora inevitável, ditando ora a imposição de um múltiplo do valor da coisa, ora outra indenização penal, ora precisamente uma quantidade fixa em dinheiro. O arbítrio judicial que, nessa esfera e para outros efeitos, correspondeu aos jurados, passou a ser exercido a partir da época das Doze Tábuas, e sua primeira aparição deveu-se, sem dúvida alguma, ao fato de que se considerava insustentável a legislação acerca das injúrias³⁴⁶. A circunstância de que a mesma determinava que o magistrado ou o acusador deviam taxar de antemão o valor da reparação pedida demonstra-nos como, ainda aqui, fizeram-se esforços para pôr restrições ao arbítrio judicial; mas o que com isso se conseguiu não foi mais que transportar esse arbítrio para outro lugar. Se se excetua o campo das ações por injúria, deixou-se ao arbítrio de que ora tratamos, em matéria de

³⁴⁴ Não se perde em recordar que o período republicano, na Roma pré-cristã, estendeu-se de 510 a 27 a.C., quando o Senado pôs fim à república, investindo OTAVIANO (depois chamado de AUGUSTO) no poder supremo, com o título de “*princeps*”. Logo, a Lei das XII Tábuas foi proclamada pouco mais de *cinquenta anos* depois do fim da realeza, em plena fase republicana.

³⁴⁵ Como se sabe, os romanos não distinguiram claramente entre os delitos civis e penais, como também entre os conceitos de punição e de ressarcimento do dano (cf. Thomas Marky, *Curso Elementar de Direito Romano*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p.133). Tanto é assim que os delitos poderiam ser *particulares* ou *públicos*, a depender do interesse afetado.

³⁴⁶ No Direito Romano, o conceito de “*iniuria*” tanto abrangia as lesões corporais, ditas simplesmente “*iniuriae*”, como os danos contra o patrimônio, ditos “*damnum iniuriae*” (Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.484). A Lei das XII Tábuas, porém, não procedeu expressamente a essa distinção; na verdade, como observa MOMMSEN, encontram-se ali apenas quatro classes bem determinadas de delitos, tratadas sem maiores classificações: a “*perduellio*”, o “*parricidium*”, o “*furtum*” e a própria “*iniuria*” (*idem*, p.332). Outras figuras delituais só foram discriminadas e reguladas bem mais tarde, como o falso (“*falsum*”) — à exceção do delito de *falso testemunho*, porque esse é previsto e a ele se comina a pena capital —, os delitos sexuais (“*adulterium*”, “*stuprum*”, “*lenocinium*”) e os atos de corrupção e concussão (“*crimen pecuniarium repetundarum*”) — à exceção da corrupção dos jurados em juízo, igualmente prevista e punida com a morte.

procedimento privado por causa de delito, muito pouca amplitude durante a República”³⁴⁷.

Entrevê-se, aqui, uma percepção incipiente do *princípio da legalidade das penas* como garantia material inafastável no âmbito do direito penal (“*nulla poena sine lege*”)³⁴⁸; mas, ao mesmo tempo, infere-se um certo desassossego social com a extensão dos poderes do juiz no processo penal, em especial na fixação do respectivo “*quantum*” reparatorio, o que culminou por limitar-lhe a discricionariedade judicial, mediante sua estrita vinculação aos conteúdos materiais da lei. Essa evolução tem interesse quando se discute o *papel criativo* do magistrado no processo, inclusive como instrumento de *inflexão* do sistema processual-formal (supra, § 2º, III, “ζ”), e quais os seus limites em face de outros valores ou interesses envolvidos (como, p. ex., a segurança jurídica e a própria legalidade penal).

³⁴⁷ Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.643. Para compreender melhor o contexto do excerto, assim como a importância relativa das Doze Tábuas nesse contexto, calharia bem a leitura de todo o capítulo XII (“*Desigualdades legales en la imposición de las penas y arbitrio judicial*”). Por “**arbitrio judicial**”, MOMMSEN (p.641) entendia “*la facultad concedida a los jueces para elegir de entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, la que mejor les pareciera*”, sendo tal arbitrio “*inherente al sistema de la coercición*” (logo, ao processo penal por “*cognitio*”).

³⁴⁸ Aproximando-se das noções de FRANZ VON LISZT (i.e., a ideia do Código Penal como a “*Magna Charta*” do delinquente) e das tendências garantistas que informariam o Direito Penal do final do século XX (especialmente as *teorias da prevenção penal positiva* e, muito particularmente, a *teoria da prevenção geral positiva limitadora* de WINFRIED HASSEMER), observa MOMMSEN (*idem*, p.37 — g.n.) que “*comienza el derecho penal en aquel mismo momento en que la ley del Estado (comprendiendo dentro de ella a lo costumbre con fuerza legal) pone limitaciones al arbitrio del depositario del poder penal, esto es, del juez sentenciador. La ley designa objetivamente cuáles sean las acciones inmorales contra las que hay que proceder por causa y en beneficio de la comunidad, y por lo tanto, prohíbe a la vez el empleo de tal procedimiento contra todas las demás. La ley organiza de un modo positivo el procedimiento para la persecución de aquellas. Esa misma ley señala de un modo fijo la reparación que corresponde imponer por cada uno de los delitos. El derecho penal público de Roma comienza con la ley valería, la cual sometió al requisito de la confirmación por la ciudadanía las sentencias capitales pronunciadas por el magistrado contra los ciudadanos romanos; el derecho penal privado del mismo pueblo comenzó, por su parte, con aquella organización en virtud de la cual el pretor fue desposeído de la facultad de resolver definitivamente los asuntos penales, quedándole solo la de resolverlos de un modo condicional y remitiendo al jurado el negocio para que él diese su resolución acerca de la condición señalada. De ahora en adelante no podía haber en Roma ningún delito sin previa ley criminal, ningún procedimiento penal sin previa ley procesal, ni ninguna pena sin previa ley penal*” (ou seja: “*nullum crimen nulla poena sine lege*”). Esse procedimento penal que remitia parte da decisão a cidadãos comuns (juízes não profissionais) — conhecido como procedimento por “*quaestiones*” (p.38) — é o antecedente histórico mais consistente da **quesitação** a que atualmente se submetem os jurados em diversos países, com maior ou menor minudência (no Brasil, com grande minudência, confirmam-se os artigos 479, 480 e 484 a 491 do Código de Processo Penal — anotando-se que, hoje, o procedimento brasileiro do júri é reservado apenas aos processos penais que versam sobre crimes dolosos contra a vida). Acerca da referida tese de HASSEMER (sobre a *prevenção positiva limitadora* como consectário de um direito penal funcionalmente voltado para a contenção dos arbitrios do Estado), vide Winfried Hassemer, “*Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social*”, trad. T. Castiñeira, in *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Santiago Mir (ed.), Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp.117-157 (especialmente pp.132 e ss.); e, *supra*, a nota n. 60.

Outro dado curioso diz respeito à **composição civil obrigatória** nos delitos privados (insinuando, quatrocentos anos antes de Cristo, a questão da *proporcionalidade jurídico-penal*, tão cara à concepção hodierna de devido processo substantivo). É que, nos casos de apropriação indevida de coisa alheia móvel (“*furtum*”³⁴⁹), a Lei das XII Tábuas mandava que o causador do dano indenizasse a vítima em valor correspondente ao *dobro* do importe do prejuízo causado. Aquele a quem se oferecia esse pagamento era *obrigado* a aceitá-lo (daí se tratar de composição civil *obrigatória*); e, se o réu não quisesse ou não pudesse pagar, tratava-se-lhe como a qualquer outro devedor civil insolvente (*supra*)³⁵⁰. Já não era assim, porém, quando se tratasse de *furto flagrante* (i.e., se se apanhasse o ladrão no ato mesmo da subtração): nessas condições, que acresciam a gravidade objetiva do fato, *excluía-se* a figura da composição obrigatória, de tal modo que, não se compondo voluntariamente ladrão e vítima, o tribunal haveria de condenar o réu não liberto à *morte*; ou, se homem livre, entregá-lo-ia *em propriedade* ao cidadão rapinado. Para MOMMSEN, essa solução, que mal se harmonizava com o conceito ético na base do delito privado romano³⁵¹, deveu-se sobretudo à intenção do legislador de impedir que o lesado tomasse em

³⁴⁹ Naquele tempo, não se fazia a distinção atual entre o **furto** — cuja conduta nuclear é a *subtração* — e a **apropriação indébita** — cuja conduta nuclear é a mera *manutenção do estado de posse ou detenção* de coisa alheia, mas com *inversão de ânimo* (apropriação). No Brasil, confirmam-se as distinções doutrinárias entre as condutas objetivas descritas, respectivamente, nos artigos 155 e 168 do Código Penal.

³⁵⁰ MOMMSEN observa que “*la gran lenidad usada contra el delincuente en este caso contrasta con el excesivo rigor del derecho que en Roma se aplicaba a los deudores*”. É que, aparentemente, essa não era uma hipótese hábil a desafiar o manejo da “*manus iniectio*” (Tábua III, 1), o que complicava a posição do credor.

³⁵¹ Com efeito, em sede de delitos privados, a preocupação fundamental não era a punição como forma de reafirmar a vigência da lei, mas sobretudo a **reparação** da vítima. Di-lo, de modo mais analítico, MOMMSEN: “*Como ya se ha dicho, en un principio, cuando se causaba daño o dolor a un particular, él mismo era quien había de tomar revancha, o, si no era libre, su señor había de vengarle. Y si no conseguía ejercer por sí la autodefensa, entonces había de pedir reparación con el auxilio de sus parientes, o habían de pedirla estos solos. Los límites divisorios entre la ofensa a la comunidad y la ofensa al particular pueden trazarse de muy diferentes modos. Después que el homicidio, el incendio y otros muchos hechos que pertenecieron en algún tiempo a la segunda categoría pasaron a formar parte de la primera, ya ho hay que buscar en el campo restante para los delitos privados, al cal pertenecían singularmente casi todos los atentados contra la propiedad, aquel auxilio de la gens o grupo de parientes para pedir la reparación de las ofensas recibidas, que con seguridad existió en los tiempos primitivos, y que ni siquiera se encuentra ya en el derecho penal privado de las Doce Tablas. Pero que el ejercicio de la propia defensa era lo que constituía el fondo y la base de esta esfera del derecho penal, es cosa que resulta clara, teniendo principalmente en cuenta que todos los delitos cuya comisión no consistía ante todo en una ofensa contra la comunidad, tenían que ir dirigidos contra una persona que podía exigir su reparación, o para la cual podía ser esta requerida*”; e, “*además de la propia defensa, del propio auxilio, por el que uno se hacía a sí mismo justicia, existía la composición convenida entre las partes para impedir el empleo de dicho auxilio propio*” (*idem*, pp.41-42 — g.n.). Aliás, em Roma, a possibilidade jurídica de se punir alguém pelo homicídio de um **escravo** só se verificou concretamente após o “*homicidium*” ser considerado delito *público*, por violar interesses da comunidade; antes disso, como delito *privado*, entendia-se que não o praticava quem matasse um escravo,

mãos o seu próprio “justiçamento”, matando ou ferindo gravemente o ladrão, num tipo de reação muito favorecido pelas circunstâncias. É que, ao cabo das contas, *o próprio tribunal* terminaria por aplicar a pena capital; então, por que antecipá-la, atraindo possíveis complicações? Do mesmo modo, em relação à “*iniuria*”, impunha-se aprioristicamente a composição civil obrigatória, *exceto* nas hipóteses mais graves, de *mutilación de um homem livre*, nas quais o tribunal poderia autorizar, em nome do Estado, o *talião*, concedendo ao ofendido que retaliasse seu ofensor com igual ou similar mutilação (“*faço contigo o mesmo que fizeste comigo*”)³⁵². Tudo a revelar, séculos antes da construção científica do direito penal, uma distinção intuitiva entre delitos de maior e de menor potencial ofensivo, ora pela intensidade da lesão ao bem jurídico-penal (caso da mutilação), ora pela gravidade da circunstância (caso do flagrante), sem discrepar muito claramente entre aspectos jurídico-materiais e jurídico-processuais. Àqueles delitos de menor potencial ofensivo, reservava-se a composição civil obrigatória, evitando-se a aplicação de medidas institucionais mais drásticas para retribuir condutas objetivamente menos gravosas — tal como se vê, hoje, nas técnicas político-criminais de descaracterização (em que, todavia, a composição civil tende a ser, sempre, *facultativa*...³⁵³).

7.3.2. SISTEMA DAS “*LEGIS ACTIONES*”

I. As principais características do sistema processual civil das “*legis actiones*” podem ser assim inventariadas: **(a)** a especificidade das ações disponíveis, marcadas pela estrita tipicidade e pela relativa escassez numérica (especialmente em relação à prodigalidade de ações do sistema processual subsequente, dito “*per formulas*”); **(b)** o radicalismo formal; **(c)** a bissecção procedimental, uma vez que as ações eram primeiramente processadas perante o magistrado (“*in iure*”) e, em seguida, perante o juiz

porque, não sendo a vítima um sujeito formal de direitos, não poderia — e nem a sua família — reclamar qualquer sorte de reparação.

³⁵² Qual desabafo, MOMMSEN — que publicou seu “*Derecho penal romano*” nos idos de 1889 (Leipzig) — fez aqui uma curiosa comparação entre o talião romano, tal como previsto nas Doze Tábuas, e aquilo que se passava na Alemanha do final dos oitocentos: “*enteramente lo mismo que acontece ahora en nuestra nación, donde se comienza a volver a los procedimientos bárbaros con el llamado tribunal del honor, con el duelo*”... Felizmente, os tempos evoluíram.

³⁵³ É assim, p. ex., no Brasil, *ut* artigos 72 e 74 da Lei n. 9.099/95.

popular (“*apud iudicem*”). A esse procedimento bifásico, que prosseguiu no sistema “*per formulas*”, chamou-se “*ordo iudiciorum privatorum*”.

Como já antecipamos (tópico 7.3.1), o sistema romano das “*legis actiones*” era extremamente **formalista**, a ponto de alguém perder a demanda por pronunciar em juízo a palavra “*uities*” — videira — e não “*arbor*” — árvore —, como já reportado no §1º, 1.1, II e na nota n. 9. A ele se filiou, na dimensão histórico-processual, a própria Lei das XII Tábuas (da “*actio de arboribus succisis*”, que justamente ensejou a sucumbência narrada por GAIO, ante a presença da palavra “*arbor*” na fórmula legal). Afora o monumento decenviral, a maior parte das informações disponíveis sobre as “*legis actiones*” está recolhida nas *Institutas* do mesmo GAIO (IV, 11 a 29), que possivelmente as extraiu da obra de SEXTO ÉLIO PETO CATO (“*Tripertita*”), a que também já nos referimos (nota n. 318)³⁵⁴.

O processo das “*legis actiones*” era exclusivamente *oral*, tanto diante do magistrado como diante do juiz popular. Desenrolava-se em três fases muito bem definidas: a “*in ius uocatio*” (introdução de instância) e as outras duas inicialmente mencionadas, a instância “*in iure*” (instância perante o magistrado) e a instância “*apud iudicem*” (instância perante o juiz popular). Segundo PALACIO³⁵⁵, em todas essas fases regiam pragmaticamente os princípios da *bilateralidade*, da *oralidade*, da *imedição* e da *publicidade* (embora a ciência jurídica romana obviamente não conhecesse, ao tempo das “*legis actiones*”, qualquer noção acabada de “princípio”, contraposta à de “regra” ou similar).

A finalidade da instância “*in iure*” era formalizar a relação processual, fixar os pontos controvertidos e determinar o estado da questão para a subsequente apreciação do juiz popular. Encerrava-se com a “*litis contestatio*” (que, diga-se, nada tem a ver com a “contestação” do processo civil hodierno); nela, o magistrado judicial definia o objeto do litígio e pontuava as controvérsias; de resto, servia apenas como fiscal de formalidades. Em

³⁵⁴ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.238-242.

³⁵⁵ Cf. Lino Enrique Palacio, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. I, p.79.

seguida, na instância “*apud iudicem*”, produziam-se as provas e prolatava-se a sentença, que era irrecurível (se bem que *impugnável*, mas por meio de ações autônomas, como a ação de nulidade e a “*restitutio in integrum*”).

Para compreender melhor o funcionamento do sistema das “*legis actiones*” e identificar as principais garantias processuais que podia oferecer às partes, passemos ao exame mais detido de cada uma das fases.

II. Sobre a fase de introdução de instância (“*in ius uocatio*”), já tratamos *supra* (tópico 7.3.1, item II), já que seus aspectos mais notórios foram regradados pela Lei das XII Tábuas. Como se disse então, o autor podia conduzir “*sub vara*” o réu renitente à presença do magistrado judicial, desde que empregasse os termos solenes para a sua convocação. A garantia do réu, portanto, era a **devida forma** (garantia que, nas “*legis actiones*”, terminou por se cambiar em *obséquio*, de que dá eloquente testemunho o caso da videira); afora isso, em caso de réu idoso ou enfermo, cabia ao autor providenciar o seu deslocamento em liteira ou cavalo; e, para mais, podia ainda o réu substituir-se por um “*uindex*”, mas com resultados que não se conhecem bem (*supra*, nota n. 326).

Podiam ser partes todas as pessoas livres (“*sui iuris*”); bastava, pois, essa condição para que se pudesse proceder à “*in ius uocatio*”. Também podiam demandar as mulheres e os menores púberes ou impúberes, se fossem livres (e os impúberes, “*si fari possunt*”), mas somente com a permissão do “*pater familias*” (dita “*auctoritas tutoris*”). No caso dos “*infantes*” (que não podiam falar por si), a “*legitimatio ad processum*” podia ser exercida pelo seu “*tutor*”, se houvesse um; assim como, no caso dos “*furiosi*” e dos “*prodigi*”, tal legitimação cabia ao respectivo “*curador*”³⁵⁶.

Ao mais, acresça-se que a “*in ius vocatio*” tinha também outra finalidade processual, além da própria instauração de instância, que era a de *especificar* as normas que o autor pretendia ver aplicadas em seu favor ou em detrimento do réu (em especial nas ações ditas “concretas” — vide, *infra*, a nota n. 359), em qualquer litígio de direito

³⁵⁶ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.62.

privado, tanto nas “*actiones in personam*” como nas “*actiones in rem*”³⁵⁷. Intui-se, com isso, que as pretensões formalizáveis na “*in ius vocatio*” limitavam, de algum modo, o alcance do litígio, inclusive nas fases ulteriores do procedimento, o que sinaliza para uma compreensão rudimentar de outra garantia processual consagrada pela processualística moderna: o *princípio da correlação entre a demanda e a sentença* (vide, *infra*, o § 26º). Além disso, aquela especificação aproximava a “*in ius vocatio*” do instituto da *citação*, na medida em que estendia a sua funcionalidade para além da mera convocação do réu, servindo também à sua **informação** (o que configura, igualmente, uma das garantias do processo moderno).

III. Conduzido o réu pelo autor à presença do magistrado judicial competente, tinha início a instância “*in iure*”, nas quais as partes recitavam as fórmulas solenes e faziam gestos rituais característicos de cada uma das ações da lei. Por isso, aliás, eram ditas “*legis actiones*”: porque tinham necessária previsão na lei e não se procediam sem o pronunciamento das palavras solenes legalmente ditadas (“*verba certa*”).

Àquele tempo, segundo GAIO, eram basicamente cinco as “*legis actiones*”: a “*actio sacramenti*”³⁵⁸, a “*iudicium postulatio*”³⁵⁹, a “*condictio*”³⁶⁰, a “*manus iniectio*”³⁶¹

³⁵⁷ *Idem*, p.65.

³⁵⁸ A “*actio sacramenti*” era uma “*actio generalis*”, que podia ser utilizada todas as vezes que a lei não estatuisse uma ação especial para o caso. Seu nome devia-se ao fato de que, se o litigante não demonstrasse, na fase “*apud iudicem*”, o direito afirmado perante o magistrado (instância “*in iure*”), pagaria ao Estado uma sanção — o “*sacramentum*” — que variava de 50 a 500 asses, conforme o valor do objeto da lide. Desse rito, dá importante notícia o juriconsulto GAIO (*Institutas*, IV, 16), em eloquente demonstração do que era o ritualismo das “*legis actiones*” (quase como uma *encenação teatral*): reivindicando um escravo em poder do réu, o autor, na presença do magistrado judicial, trazendo consigo uma varinha (“*festuca*”, “*uindicta*”), segurava o escravo e pronunciava a fórmula: “*Hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi uindictam imposui*” (“Eu digo que este homem é meu, conforme o direito quitirário, segundo a sua condição. Assim como disse, vê, coloquei sobre ele a varinha”); o réu, se quisesse resistir à pretensão, faria os mesmos gestos e recitaria a mesma fórmula; o magistrado, então, dizia: “*Mittite ambo hominem*” (“Largem ambos o homem”), fazendo cessar, simbolicamente, a luta entre as partes litigantes; na sequência, o autor perguntava ao réu: “*Postulo anne dicas qua ex causa uindicaueris*” (“Peço que digas a que título vindicaste”); e o réu respondia: “*Ius feci sicut uindictam imposui*” (“Exerci o direito, colocando a varinha”); por fim, dizia o autor: “*Quando tu iniuria uindicauisti, D aeris sacramento te provoco*” (“Porque vindicaste sem direito, provoco-te a um *sacramentum* de quinhentos asses”); ao que respondia o réu: “*Et ego te*” (“E eu a ti”). Em seguida, ou no prazo de trinta dias (*lex Pinaria*), nomeava-se o “*iudex*” e passava-se à instância “*apud iudicem*”.

³⁵⁹ A “*iudicium postulatio*” era uma ação especial utilizada, segundo a Lei das XII Tábuas, para a divisão de herança (“*actio familiae erciscundae*”) e para a cobrança de créditos decorrentes da “*sponsio*” (fiança), como também, a partir da *lex Licinia*, para a divisão de bens comuns (“*actio communi dividundo*”), e não

e a “*pignoris capio*”³⁶² (a única que, aparentemente, não se submetia ao procedimento geral da “*ordo iudiciorum privatorum*”, pois não se desenvolvia perante o magistrado judicial, i.e., não havia a fase “*in iure*”). As três primeiras eram declaratórias “*lato sensu*” (ações de conhecimento), enquanto as duas últimas eram executórias. Para alguns jurisconsultos romanos, a “*actio per pignoris capionem*” sequer seria uma das “*legis actiones*”, por lhe faltar a instância “*in iure*”; aqui, porém, seguimos GAIO, que a incluía entre as “*legis actiones*” devido à sua previsão legal e às “*certa verba*” (*Institutas*, IV, 29). Percebe-se, de todo modo, que não havia a compreensão da ação como *direito abstrato* (o

estabelecia qualquer sanção para o litigante que não demonstrasse o seu direito “*apud iudicem*”. Sabe-se, outrossim, que o “*iudex*”, na “*iudicis postulatio*”, sempre foi imediatamente nomeado pelo magistrado, sem se atender ao prazo da *lex Pinaria*.

³⁶⁰ A “*condictio*” era “*actio generalis*” de procedimento mais simples e célere que o da “*actio sacramenti*”. Foi introduzida pela *lex Silia* para a cobrança de dívidas certas em dinheiro (“*certa pecunia*”), mas depois foi estendida para os casos de prestações de coisa certa que não dinheiro (*lex Calpurnia*) e passou a tutelar todos os créditos antes reclamados pela “*actio sacramenti in personam*” e pela própria “*iudicis postulatio*”. Primitivamente, “*condicere*” significava “*denuntiare*” (denunciar, citar).

³⁶¹ Da “*manus iniectio*” na época da Lei das XII Tábuas, já cogitamos, *supra*, no tópico 7.3.1, n. II. Posteriormente ao período da lei decênvira, segundo MOREIRA ALVES, duas tendências se observaram: (a) aumento significativo dos casos em que a “*actio per manus iniunctionem*” se aplicava; (b) o abrandamento de seus efeitos. Assim é que a “*manus iniectio*” passou a ser classificada em “*manus iniectio iudicati*” — para os dois casos da Lei das XII Tábuas, de réu confesso “*in iure*” ou condenado ao pagamento pelo “*iudex*” — e em “*manus iniectio pro iudicato*” (i.e., como se houvesse “sido julgado”, ou com *ficção de julgamento*) — para as hipóteses legais posteriores à Lei das XII Tábuas, nas quais se prescindia de julgamento ou “*confessio in iure*” (assemelhando-se ao que, hoje, seriam as ações executivas de títulos extrajudiciais). Desafiava a “*manus iniectio pro iudicato*”, p. ex., o crédito do fiador (“*sponsor*”) que houvesse pago a dívida e não fosse reembolsado dentro de seis meses pelo devedor principal (*lex Publilia*); ou, havendo vários fiadores, o direito de qualquer deles perante o credor, se houvesse sido cobrado por mais do que a parte a que estava obrigado (*lex Furia de sponsu* — nome, diga-se, bem apropriado à espécie). Adiante, a partir da *lex Marcia*, introduziu-se a “*manus iniectio pura*”, que não admitia a ficção de julgamento (“*pro iudicato*”), mas também prescindia de julgamento ou “*confessio in iure*” anterior, desde que o autor declarasse os fundamentos do direito pleiteado (e.g., recuperação de juros usurários). Na “*manus iniectio pura*”, o réu já não precisava necessariamente se fazer substituir por um “*uindex*” (*supra*, nota n. 326), podendo **defender-se pessoalmente**. Com a *lex Vallia*, do início do século II a.C., todas as “*manus iniunctiones*” tornaram-se “*purae*”, à exceção daquelas da lei decênvira (“*confessus*” e “*iudicatus*”) e daquela da *lex Publilia* (*supra*). Enfim, “*já nos fins da república, quando o réu não pagava o débito nem se defendia, o autor que contra ele intentara a manus iniectio não podia mais matá-lo ou vendê-lo como escravo, mas apenas conduzi-lo para sua casa, onde o réu, com seu trabalho, pagaria a dívida*” (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.252-253). Para alguns autores, a “*manus iniectio*” foi a mais antiga das “*legis actiones*”; e, na origem, teria sido o *único meio* de proteção judicial do direito subjetivo, passando depois a mera ação executória (Paul-Louis Huvelin, *Cours Élémentaire de Droit Roman*, Paris, Sirey, 1927, v. I, pp.135-137).

³⁶² A “*pignoris capio*” era ação de tipicidade fechada, servindo à execução de créditos muito específicos, como o do soldado contra o “*tribunus aerarii*” pelo seu “*stipendium*” (soldo), o do soldado da cavalaria contra as pessoas obrigadas a contribuir para a compra e a manutenção do cavalo, o do vendedor de animal destinado a sacrifício religioso contra o comprador pelo seu “*pretium*” e o do publicado contra o contribuinte pelo “*uetigal*” (imposto). As duas primeiras hipóteses foram introduzidas pelo costume; as demais, pela lei. A “*pignoris capio*” dispensava a presença do adversário e, pronunciadas as palavras solenes (que não se conhecem mais), permitia ao autor tomar em penhor bens do devedor, dos quais não podia utilizar-se, pois a finalidade era tão-só instar o réu ao pagamento.

que, de resto, é uma conquista contemporânea, tributada a PLÓSZ e DEGENKOLB, entre 1877 e 1880³⁶³); as ações atendiam a um princípio de *estrita legalidade* — ou, dir-se-á melhor, de *tipicidade* (às vezes mais *aberta*, como no caso da “*actio sacramenti*” e da “*condictio*” — e eram corolário lógico-jurídico do próprio direito material pretendido. *Ter direito* significava *ter “actio”*, e vice-versa³⁶⁴.

Perante o magistrado, uma vez recitada a fórmula solene e realizados os gestos rituais próprios de cada ação-tipo, o réu deveria defender-se, também solenemente (vide, *supra*, a nota n. 357). Se, porém, confessasse as afirmações do autor (“*confessio in iure*”) ou não se defendesse adequadamente, o procedimento civil encerrava-se imediatamente, sem a fase “*apud iudicem*”, mas com consequências diversas conforme se tratasse de uma “*actio in personam*” ou de uma “*actio in rem*”. Nessa, a coisa era imediatamente adjudicada ao autor pelo magistrado; naquela, caso o réu se negasse a cumprir a obrigação

³⁶³ Cf., por ambos, Heinrich Degenkolb, *Einlassungszwang...*, *passim*; ainda, do mesmo autor, *Das Anerkenntnisurteil*, Leipzig, Alexander Edelmann (Universitätsbuchdrucker), 1902, *passim*.

³⁶⁴ MOREIRA ALVES distingue, entre as cinco “*legis actiones*” de GAIO, aquelas que seriam *concretas* — como a “*iudicis postulatio*” — das que seriam *abstratas* — como a “*actio sacramenti*” e a “*condictio*” —, baseando-se em que, naquelas, o autor devia indicar o fundamento (“*causa*”) do direito pleiteado, à diferença dessas últimas. Ao fazê-lo, evidentemente, o romanista brasileiro não emprega o binômio adjetivo “*concreto*” vs. “*abstrato*” da maneira como fez a processualística contemporânea, sobretudo na emblemática disputa entre *abstratistas* e *concretistas*, de que saiu vitoriosa a ideia do direito de ação como um **direito abstrato de agir**, o que significa “*ser desligado do direito subjetivo material, prescindindo-se da existência deste quando se trata de conceituar a ação — ou seja, abstraindo-se dele. A ação, nessa teoria, existiria ainda quando o direito inexistisse e independentemente de qualquer condicionamento (condições da ação)*” (Dinamarco, *Instituições...*, v. II, p.319). Mais tarde, a teoria abstrata foi *retificada* por LIEBMAN (1948), para enfatizar o papel das *condições da ação* (Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, trad. Cândido Rangel Dinamarco, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, v. I, pp.148-162). Ora, conceitos como esse não se reconhecem, sequer por aproximação, na processualística romana; assim, ainda que se possa dizer da “*actio sacramenti*” ser uma ação “*abstrata*” — porque os fundamentos do direito pleiteado não precisavam ser desde logo indicados —, ela não pode ser *abstrata* na acepção de DEGENKOLB, PLÓSZ e LIEBMAN, porque, em tal acepção, sequer faz sentido distinguir entre ações concretas e abstratas: o direito de ação ou será *abstrato* em todo caso, ou jamais o será. Nesse sentido, o próprio LIEBMAN: “*Aos juristas romanos era desconhecido o conceito de direito subjetivo, tal como foi elaborado em tempos muito mais recentes, pois eles conheciam apenas a actio, que era o meio jurídico para cada um pedir a satisfação de suas pretensões. Para dizer que a Tício tocava um direito, diziam que lhe tocava a actio. Toda a evolução do direito clássico fez-se através da ampliação e enriquecimento das figuras das ações. [...] O sistema jurídico dos romanos era concedido e se desenvolveu em função do processo e dos meios que este oferecia para a tutela dos interesses dos vários sujeitos. [...] Hoje vemos as coisas de maneira diferente, porque na sociedade moderna a situação se mostra invertida: as relações entre pessoas apresentam-se na forma de direitos e obrigações de uns perante outros e o processo é apenas o conjunto de meios destinados à proteção dos direitos*” (*Manual...*, p.148). Daí porque, prevenindo confusões, preferimos denominar tanto a “*actio sacramenti*” quanto a “*condictio*” como **ações de tipicidade aberta**, na medida em que variegadas pretensões jurídicas poderiam ser formalizadas por meio delas; ou, na expressão romana, “*actiones generalis*” (mas não *abstratas*, em acepção contemporânea).

(apesar da confissão ou da defesa imprópria), restava ao autor obrigá-lo a fazer ou pagar, lançando mão da “*actio per manus iniunctionem*” (*supra*).

Do contrário, defendendo-se adequadamente o réu, os litigantes deviam solicitar ao magistrado a nomeação do juiz popular (“*iudex*”), o que geralmente era feito após trinta dias (*lex Pinaria*), quando as partes voltavam à presença do magistrado judicial, tomavam os assistentes da audiência como testemunhas da instauração do contraditório, bem como do estado e dos limites da lide³⁶⁵, e, assim, celebravam o ato solene denominado “*litis contestatio*”³⁶⁶, que definia as bases do litígio, com presumível função de garantia (quicá prevenindo excessos teratológicos de julgamento — o que, porém, configurou-se bem somente no período formulário, em virtude da própria “*formula*” reduzida a termo escrito).

A propósito, o réu tinha de se comprometer a voltar à audiência pública no prazo fixado pelo magistrado para a nomeação do “*iudex*”. Para assegurar esse comparecimento, podia fornecer fiadores (“*vades*”). Houve também o “*vadimonium*”, meio muito utilizado nos primeiros tempos, com o mesmo escopo. O “*vadimonium*” era um valor em dinheiro que o réu desembolsava e acautelava na devida forma, prevenindo inclusive outras ações diretas do autor (a exemplo daquela possível na “*in ius uocatio*”); se acaso não retornasse no dia aprazado, tal valor era perdido em favor da contraparte³⁶⁷. Assemelhava-se, pois, às atuais *fianças* do processo penal, e também foi empregado no processo penal romano³⁶⁸.

IV. Com a nomeação do “*iudex*” e a celebração da “*litiscontestatio*”, os litigantes deviam comparecer à presença do juiz popular três dias depois (“*in diem tertium siue comperendinum*”). Ali, já sem formalidades, as partes expunham a questão litigiosa (“*causae coniectio*”), em condições de **perfeita oralidade** (vide, *infra*, a nota n. 411); ausente um deles, o “*iudex*” aguardava até o mesmo dia e, se até então não chegasse,

³⁶⁵ E. L. Palacio, *op.cit.*, p.77.

³⁶⁶ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.240.

³⁶⁷ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.68-69.

³⁶⁸ Cf. Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, pp.116. *In verbis*: “*De la importante y difícil cuestión tocante a saber hasta qué punto el magistrado, con el objeto de estar seguro de que el emplazado comparecería en el día señalado, podía proceder al arresto del mismo en el momento de emplazarlo, o cuando menos exigirle una fianza (vadimonium), así como de las consecuencias jurídicas que produciría la no comparecencia, trataremos en el último capítulo de este libro*”. No capítulo XII, porém, não volta a tratar do “*vadimonium*”.

prolataria sentença favorável àquele que compareceu (Lei das XII Tábuas, I, 7-8 — cf., *supra*, o tópico 7.3.1).

À “*causae coniectio*” (o conhecimento da causa) seguia-se a “*causae peroratio*”, quando as partes desenvolviam suas argumentações. Após, os litigantes produziam suas provas, sendo todas elas admissíveis, porque o juiz popular formava livremente sua convicção (de modo semelhante ao que se verifica, hoje, com os júris populares (que julgam “*secundum conscientiam*”, sob o pálio do *princípio do livre convencimento íntimo*). Em seguida, prolatava-se a sentença (“*sententiam dicere*”), absolvendo ou condenando o réu ao pagamento de uma quantia, à restituição de uma coisa ou à prestação de um “*facere*”. E, como se viu, não podia o “*iudex*” obrigar o réu intransigente a cumprir a sentença, porque era simples particular e, à diferença do “*praetor*”, não dispunha de “*imperium*” (*supra*, nota n. 330). Daí a necessidade de que, na “*actiones in rem*”, o próprio vencedor se apoderasse da coisa (*supra*, nota n. 325); e, nas “*actiones in personem*”, a de que manejassem a “*actio per manus iniunctionem*” (*supra*, tópico 7.3.1, II).

V. Quanto ao procedimento penal, aplica-se basicamente tudo quando examinado no tópico anterior. GREENIDGE observou que, no período das “*legis actiones*”, desenvolveu-se uma profunda correspondência — como jamais houvera e como não haveria depois — entre *procedimento civil e direito privado* (“*ius priuatum*”), por um lado, e *procedimento penal e direito público* (“*ius publicum*”), por outro³⁶⁹. Daí, talvez, procedam originalmente as viscerais diferenças — inclusive de caráter principiológico (e.g., “verdade real” vs. “verdade formal”, “impulso oficial” vs. “dispositivo”) — que os processos penal e civil conheceriam nos séculos posteriores. Mas voltaremos a isso.

7.3.3. SISTEMA FORMULÁRIO

I. O marco histórico inaugural da substituição do sistema das “*legis actiones*” pelo sistema formulário deu-se com a promulgação das leis *Aebutia* (século II a.C.); mas a

³⁶⁹ Greenidge, *The Legal Procedure...*, p.09.

substituição só se concluiu com a proclamação das duas *lege Iuliae Iudiciariae* (ano 17 a.C.). Isso releva unicamente para o processo civil, ao qual se aplicou o sistema formulário; entretanto, como se verá, o final da república também reservou modificações importantes para o processo penal. Daí porque, ao final, esse assunto será igualmente tangido, em complemento ao tópico 7.3.1, como também para o cotejo sistemático, embora já não se trate propriamente de “processo formulário”.

Especula-se que a origem sociológica do sistema “*per formulas*” radique nos procedimentos civis que tramitavam perante os pretores peregrinos, muito diversos daqueles das “*legis actiones*” (que se destinavam exclusivamente aos conflitos entre cidadãos romanos)³⁷⁰. Nesses procedimentos, as pretensões eram livremente expostas pelos litigantes, em geral estrangeiros que se expressavam em idiomas diferentes do latim; ao pretor peregrino restava compreendê-las e reduzi-las ao vernáculo, redigindo *instruções* aos “*recuperatores*” (juízes populares designados em colegiado pelo próprio pretor), que a partir delas julgariam a causa³⁷¹ (instância “*apud iudicem*”). Eis a origem remota da **fórmula** (dita também “*concepta verba*”, como em Gaio, *Institutas*, IV, 30) — sugerindo, para mais, que a **internacionalização das jurisdições** seja um fator determinante para a evolução dos procedimentos, senão para a sua própria *deformalização*.

³⁷⁰ Nesse sentido, GREENIDGE relaciona a transição de sistemas com a superioridade dos procedimentos do “*ius honorarium*” ou “*praetorium*” — que era o direito jurisprudencial, construído nos tribunais, geralmente por meio dos *editos* de magistrados com funções judiciais —, em relação aos procedimentos do “*ius civile*” — constituído pelas leis e pelos costumes e, mais tarde, pelos *senatus-consulto*, pelas respostas dos jurisconsultos e pelas constituições imperiais —, a que pertenciam as “*legis actiones*”. Observa, a propósito, que “*the permission accorded by the lex Aebutia was probably due to the feeling that procedure of the civil law was behind that of honorary jurisdiction. It is probable that the formula had first been used in cases in which the interests of peregrine were concerned, that from the foreign it had crept into the urban album, to be employed by the praetor urbanus, as the expression of the jurisdiction which rested on his imperium. Hence the formula would long have been the mark of every iudicium based on the imperium (quod imperio continetur), the legis action the mark of every court based directly or indirectly on a lex (iudicium legitimum)*” (*idem*, p.172 — *g.n.*). Cf., ainda, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.256. Quando, porém, o sistema “*per formulas*” generalizou-se, invadindo a esfera da jurisdição “legítima”, o conceito mesmo de *jurisdição legítima* teve de alterar-se, como revela GAIO, passando a radicar em três características principais: (a) jurisdição exercida nos limites políticos da cidade de Roma; (b) jurisdição destinada à resolução de litígios entre cidadãos romanos; (c) “*iudicium*” proferido por “*unus iudex*” (e não pelo colégio de “*recuperatores*”), sendo sempre um cidadão romano (Gaio, *Institutas*, IV, 103-104; Greenidge, *The Legal Procedure...*, pp.173-174).

³⁷¹ Essa tese, hoje predominante, é tributada a HUSCKE (cf. Paul-Frédéric Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8^e éd., Paris, Rousseau, 1929, v.2, p.1055, nota n. 3).

O papel da *lex Aebutia* na transição dos sistemas não é perfeitamente conhecido. Alguns creem que ela teria apenas *acumulado*, aos ritos das “*legis actiones*”, a exigência da fórmula, ditada pelo magistrado judicial para fixar o ponto litigioso; outros entendem — e essa versão tem acurado interesse na perspectiva da *análise econômica do direito* — que aquela lei teria autorizado o emprego da fórmula apenas nos casos de “*condictio*” (*supra*, nota n. 359), substituindo-a, porque aos capitalistas romanos não agradava o prazo de trinta dias para a nomeação do “*iudex*”, que não havia em outros procedimentos (e.g., na “*iudicis postulatio*” — nota n. 358) e atrasava a solução do litígio³⁷²; para outros, enfim, a *lex Aebutia* abria aos litigantes o direito de *optar* pelo sistema das “*legis acciones*” ou pelo sistema “*per formulas*” (GIRARD³⁷³); ou, quem sabe, fora essa uma escolha facultada ao *pretor*, conforme bem lhe parecesse³⁷⁴. Ulteriormente, com as *lege Iuliae Iudicariae*, o processo formulário tornou-se *obrigatório* em todos os casos, à exceção de três casos (processos perante o tribunal dos “*centumviri*”, processos de “*damnum infectum*” e processos de jurisdição voluntária³⁷⁵), que ainda desafiavam os procedimentos das “*legis acciones*”³⁷⁶.

O processo formulário prosseguiu observando o “*ordo iudiciorum privatorum*”, com uma fase “*in iure*” e outra “*apud iudicem*”; entre elas, porém, mediava o “*iudicium*”, que era a concreção da “*formula*” (*infra*). Suas principais inovações, em relação ao sistema

³⁷² E, com efeito, no sistema formulário, a nomeação do juiz popular já não exigia o prazo de *trinta dias* após a primeira audiência com o magistrado (*Lex Pinaria*), o que *acelerou* a tramitação dos processos. Daí, como se verá a seguir, a **celeridade** ser uma das características do processo formulário.

³⁷³ Manuel..., v. 2, pp.1057-1058.

³⁷⁴ Greenidge, *The Legal Procedure...*, pp.170-171.

³⁷⁵ A distinção conceitual entre *jurisdição voluntária* e *jurisdição contenciosa* exsurge bem reportada nos textos do século VI da era cristã, após a compilação do Digesto (que, pela notícia histórica, entrou em vigor no dia 30 de dezembro de 533 d.C., juntamente com as *Institutas* do imperador JUSTINIANO). De fato, as expressões “*iurisdictio contentiosa*” e “*iurisdictio voluntaria*” aparecem já em D. 1, 16, 2, pr., definidas e discrepadas. Mas, sendo o Digesto um trabalho de compilação dos “*iura*” — i.e., das regras deônticas hauridas em obras dos jurisconsultos clássicos (que se contrapunham às “*leges*”, formadas pelas “*constitutiones principis*”, e deviam reproduzir o direito das fontes formais em vigor nos períodos anteriores) —, é lícito especular que a noção de jurisdição voluntária seja anterior ao período da “*cognito extraordinaria*”, retroagindo pelo menos à época do processo formulário. Sobre o tema, veja-se, por todos, KNÖRINGER (Dieter Knöringer, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. Aufl., München, C. H. Beck, 2005, pp.01-02), ressaltando que “*der historische Bezug auf die Digestenstelle gibt aber nichts dafür her, was unter dem Begriff der ‚Freiwilligkeit‘ dieser Gerichtsbarkeit zu verstehen ist*”.

³⁷⁶ Para a completa exploração das hipóteses de transição do sistema das “*legis acciones*” para o sistema “*per formulas*” — que indiscutivelmente foi **gradual**, num processo histórico iniciado pela *lex Aebutia* e provavelmente terminado pelas *lege Iuliae Iudicariae* —, cf. Greenidge, *The Legal Procedure...*, pp.169-175; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.255-257.

anterior, foram as seguintes: **(a)** a maior celeridade e menores formalidades (abrandamento do viés formalista); **(b)** a perda do caráter exclusivamente oral do procedimento, com a introdução da *fórmula* (que era documento escrito onde se fixavam os pontos litigiosos); **(c)** a delegação formal de poderes ao “*iudex*” (outorgados no próprio “*iudicium*”, pelo magistrado judicial, que — à diferença dos juízes populares — detinha o “*imperium*”), para condenar ou absolver o réu (“*iussus indicandi*”); **(d)** a maior atuação dos magistrados judiciais no mundo da vida e no curso dos processos, com o aumento de seus poderes institucionais (inclusive para a construção pretoriana de novas ações, a tutelar situações mal amparadas pelo direito objetivo); **(e)** as condenações exclusivamente pecuniárias³⁷⁷.

Engendrava-se aqui, embrionária mas claramente, o *princípio da correlação entre a demanda e a sentença* como uma garantia processual das partes (o que, na fase anterior, podia ser apenas intuído, à mercê da “*litis contestatio*”, já que, a rigor, o “*iudex*” decidia a questão conforme a expunham as partes, sem qualquer base documental). Isso porque, no processo formulário, “o juiz popular [...] julga o litígio **conforme está delimitado na fórmula, elaborada na fase in iure**”³⁷⁸. Antes, se havia uma especificação do direito na “*in ius uocatio*” e uma delimitação dos fatos na “*litis contestatio*” (*supra*), não se conhecem os efeitos processuais de tais atos-fatos, mesmo porque *orais*; agora, porém, surgia um instrumento formal e escrito³⁷⁹, de enunciação obrigatória, hábil a prevenir julgamentos “*ultra vel extra petitem*” (assemelhando-se ao que são, hoje, os *despachos* ou *decisões saneadoras*, como a do artigo 331, §2º, do CPC brasileiro³⁸⁰).

Distinguiam-se formalmente a “*formula*” e o “*iudicium*”. Aquela era o esquema “*in abstracto*” existente nos editos dos magistrados judiciais, servindo de modelo para o

³⁷⁷ Cf., por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.258. Quanto à última característica, vide nota n. 404, *infra*.

³⁷⁸ *Idem, ibidem* (g.n.).

³⁷⁹ Na verdade, houve quem discutisse a *materialidade* do “*iudicium*”, considerando-o meramente *oral* (SCHLOSSMAN, ARANGIO-RUIZ). Hoje em dia, porém, há **provas materiais** da cartularidade do “*iudicium*”: são duas “*tabulae*” encontradas em Murécine (Itália) e publicadas em 1972, que constituem dois “*iudicia*” (fórmulas redigidas para o caso concreto) em “*actiones certae creditae pecuniae*”. Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.261, nota n. 412.

³⁸⁰ “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (redação da Lei n. 8.952/94).

caso concreto (i.e., para a utilização na instância “*in iure*”, com o preenchimento dos claros e a substituição dos nomes convencionais pelos de autor e réu). O “*iudicium*”, por sua vez, era o documento concretamente redigido, ao final da fase “*in iure*”, para fixar o estado e o alcance do litígio, nos exatos termos daquela “*formula*”³⁸¹. Nada obstante, os romanistas costumam utilizar a expressão “*fórmula*” para significar as duas coisas³⁸².

Passemos às fases do processo formulário.

II. Na introdução de instância (“*in ius uocatio*”), mantiveram-se em geral as características do sistema de “*legis actions*”; mas, a par disso, houve sensíveis inovações.

³⁸¹ No exemplo de MOREIRA ALVES (*Direito Romano*, v. I, p.262), o edito do pretor urbano trazia a fórmula: “*Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret, absoluto*”. Num litígio concreto, em que Tício e Caio contendessem por 500 sestércios, sendo Mávio o “*iudex*” designado, o “*iudicium*” ficaria assim: “*Mevius iudex esto. Si paret Caium Titio sestertius D milia dare oportere, iudex, Caium Titio sestertium D milia condemnato; si non paret, absoluto*”. Tem-se aqui a provável origem histórica da **sentença documental**, tal como hoje a conhecemos (com identificação do juiz, das partes, do objeto do litígio, do direito aplicável e do tipo de provimento); e, possivelmente, aí também estejam as raízes da concepção liberal-formal do *juízo* como uma operação lógico-cartesiana, com a premissa maior (a lei), a premissa menor (os fatos) e a conclusão (a sentença) — que, por sua vez, distribui-se igualmente em capítulos logicamente dispostos. A própria distinção entre as *partes principais* e as *partes acessórias* de uma fórmula (com posições certas e hierarquizadas), conforme a notícia de GAIO (*Institutas*, IV, 39 e ss.), evidencia essa concatenação lógico-formal na estrutura do pensamento jurídico romano: uma fórmula completa teria, como “*partes formulae*” (*partes principais*), a “*intentio*”, a “*demonstratio*” e a “*condemnatio*” ou “*adiudicatio*” (essa, apenas nas ações de divisão de herança, de divisão de coisa comum ou de demarcação de limites); e, como “*adiunctiones*” (*partes acessórias*, que se incluíam a pedido de uma das partes, quando ocorressem determinadas circunstâncias), a “*praescriptio*”, a “*exceptio*” e a “*replicatio*”, “*duplicatio*” e/ou “*treplicatio*”. A “*praescriptio*”, que deveria anteceder a “*intentio*” e a “*demonstratio*”, era prejudicial e podia ser “*pro actore*” ou “*pro reo*”. A “*intentio*” expunha as pretensões do autor, com seus fundamentos de fato e de direito, podendo ser *certa* ou *incerta* (preordenando, no último caso, a “*demonstratio*”, para fins de accertamento perante o “*iudex*”); a “*exceptio*”, por sua vez, considerava o que, na linguagem atual, dir-se-ia serem os *fatos* ou *direitos impeditivos* e *extintivos* do direito alheio: era a parte acessória do “*iudicium*” que tratava do direito próprio ou da circunstância que, alegada pelo réu, teria aptidão para paralisar as pretensões do autor.

³⁸² Cf., por todos, Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.308: “*Wir haben die **formula** des vorklassischen und klassischen Formularprozesses, die auch **iudicium** heißt, als eine schriftlich aufgezeichnete Äußerung kennengelernt, die in ihrem vollständigen Bestand die Namen des bestellten Einzelrichters oder den Rekuperatoren und außerdem das “Prozeßprogramm” enthält, also den Inbegriff der zwischen den Parteien bestrittenen rechtserheblichen Fragen, über die Richter durch Urteil entscheiden soll*” (g.n.). Aí está, a propósito, um conceito preciso e detalhado do “*iudicium*”, referindo inclusive a sua forma escrita — afastando, pois, as vacilações a esse respeito (*supra*, nota n. 377) — e a sua funcionalidade maior (“*guião sentencial*”, ou “*Prozeßprogramm*”, a garantir a efetiva correlação demanda/sentença).

Segundo KASER, o autor devia procurar extrajudicialmente o réu e lhe comunicar, oralmente ou por escrito — mas em privado —, a fórmula da ação que pretendia mover³⁸³. A isso se chamou “*editio actionis*”, havendo alguma controvérsia quanto à sua existência já no sistema formulário. Entretanto, a ser assim, o processo romano terá incorporado, ainda na república, um mecanismo pré-processual — a bem dizer, um curioso **negócio jurídico anteprocessual**³⁸⁴ — que atendia, simultaneamente, a três valores atualíssimos da teoria geral do processo, como são o *princípio da cooperação*, o *dever de informação* e a própria mediação dialógica como condição para a solução negocial dos litígios (*conciliação*). Não se sustenta, aqui, que os romanos conhecessem esses conceitos, nem que os intuíssem como fundamentos para o “*edere actionem*” (porque, afinal, não há base documental a sufragar tais afirmações); mas, se a “*editio actionis*” foi preservada por tanto tempo — como de fato foi —, pode-se especular, empiricamente, realizava aqueles valores, otimizando a eficácia procedimental.

Era ainda do autor o ônus de providenciar o comparecimento do réu em juízo, que podia ser imediato, tão logo se encontrassem. No entanto, popularizou-se a “*stipulatio*”, contrato verbal pelo qual o réu se comprometia a comparecer com o autor na presença do magistrado judicial, sob pena de lhe pagar determinada quantia (outra vez o “*uadimonium*”). O réu também podia fornecer um “*uindex*”, que assumia igual compromisso e, não comparecendo, podia ser obrigado a pagar certa quantia ao autor (para tanto, o pretor lhe concedia uma ação “*in factum*”). Recalcitrante o demandado, ainda poderia, em tese, ser conduzido mediante uso da força (Lei das XII Tábuas); mas, na

³⁸³ Cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.220-226. *In verbis*: “Wer in Formularprozeß klagen will, muß dem Gegner schon von oder bei der Ladung die angestrebte actio bezeichnen (edere actionem) und damit das Begehren nennen, das er gerichtlich geltendmachen will. Dieser außergerichtliche Akt kann in beliebiger Form, mündlich oder schriftlich, geschehen” (p.220). Seguem outros detalhes, bem como uma série de considerações em torno do “*uindex*” no processo formulário.

³⁸⁴ Conhecem-se, é verdade, os *negócios jurídicos processuais*, como são as *transações judiciais* e os *acordos probatórios* (que, em processos de interesses disponíveis, podem distribuir consensualmente o ônus da prova); a própria “*litis contestatio*”, ao que tudo indica, era um negócio jurídico processual que precipitava a fase “*apud iudicem*” (hoje, nos procedimentos bifásicos, essa transposição de fases normalmente se dá mediante uma *decisão interlocutória mista*, com prelibação de mérito). Já *negócios jurídicos anteprocessuais* (i.e., que se sacramentam *antes* da instauração de instância, mas têm por objeto a *própria instauração da instância*) — como seria esse “acordo verbal de comparência” — são poucos comuns na processualística atual (a não ser, é claro, nos procedimentos de **arbitragem**, à vista das cláusulas compromissórias, que, porém, não remetem à jurisdição estatal); mas *existem*: são dessa natureza, p. ex., os *pactos de competência* e mesmo os *pactos de jurisdição* (na esfera internacional), que têm disciplina no artigo 99º do CPC português.

prática, o autor passou a pedir ao magistrado uma ação “*in factum*”³⁸⁵ em face do réu, para que o mesmo fosse instado a lhe pagar uma multa (Gaio, *Institutas*, IV, 46) — o que, possivelmente, repetia-se a cada ato de recalcitrância. Além disso, se o réu se ocultasse, o magistrado, a pedido do autor, poderia imitar esse último na posse dos bens do primeiro, assim permanecendo durante quarenta dias, após o que — se o réu não aparecesse — autorizaria a venda mesma daqueles bens, sempre em favor do autor³⁸⁶. É interessante constatar como, ainda nessa época, a comparência do réu perante o pretor não era entendida como um seu mero *ônus*, mas como um verdadeiro *dever*, severamente sancionado.

III. Na instância “*in iure*”, as partes tinham de comparecer pessoalmente ou se fazerem representar pelo “*cognitor*” (constituído perante o magistrado, sob termos solenes) ou pelo “*procurator*” (mandatário “*ad litem*”, com mandato não solene). Em ambos os casos, exigia-se do representante garantia (“*cautio*”) de que o representado acataria a decisão final³⁸⁷. A seguir, o autor expunha, oralmente e sem formalidades, as suas razões de pedir (“*formatio*”); mas já não havia o rígido formalismo das “*legis actiones*”, nem se pronunciavam palavras imutáveis, nem tampouco se teatralizava o litígio com gestos rituais. Na prática, “*não mais se perdem causas por desvios mínimos de formalidades*”³⁸⁸ — o que, diga-se, foi um importante avanço no sentido da *instrumentalidade das formas*.

Dada a palavra ao réu, podia reconhecer a razão do autor (“*confessio in iure*”), ou não se defender convenientemente (“*indefensus*”) — assim, *e.g.*, se não prestasse garantia em “*actio in rem*” —, ou ainda contestar eficazmente as afirmações do autor. Nos casos de

³⁸⁵ No processo formulário, as “*actiones in factum*” caracterizavam-se por não haver, na “*intentio*” da fórmula (que trazia, *grosso modo*, os fundamentos da pretensão), nenhuma norma jurídica, mas simplesmente um *fato* que, se verdadeiro, conduziria à condenação do réu (como, *e.g.*, a ausência do “*uindex*” na audiência). Com as “*actiones in factum*”, o pretor **construía** a tutela jurídica processual para situações ou relações jurídicas não sancionadas pelo “*ius civile*”. MOREIRA ALVES traduziu a expressão “*actiones in factum*” como “*ações redigidas em conformidade com o suporte fático*” (*Direito Romano*, v. I, pp.289, nota n. 457-A, e p.181, nota n. 218); mas, na realidade, não parece haver tradução possível, já que hoje não se admite tutela processual desataviada de fundamento jurídico (ainda que *implícito* na legislação) — exceção feita, talvez, aos julgamentos por *equidade* (que, todavia, têm de estar *autorizados em lei* na maior parte dos países). Nessa direção, entreendo na equidade um *critério formal-concreto de decisão*, porém **não normativo** (o que, porém, não significa necessariamente solução *extrajurídica*, na perspectiva de um sistema jurídico aberto e móvel), cf. Oliveira Ascensão, *O Direito*, pp.243-253.

³⁸⁶ Cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.222-223.

³⁸⁷ *Idem*, p.280.

³⁸⁸ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.256.

confissão e estado de indefesa, o litígio era julgado “*in iure*” e, nas obrigações de quantia certa, tinha o réu trinta dias para pagar, após o que se sujeitaria à execução sobre sua pessoa ou seus bens (por meio da “*actio iudicati*” que, no sistema formulário, substituiu a “*manus iniectio*” nesse particular); nas obrigações de quantia incerta, o processo prosseguia para a apuração do valor da condenação na instância “*apud iudicem*” (à maneira das *liquidações* atuais); e, se o réu se recusasse a prosseguir, outra vez o autor poderia ser imitado na posse dos seus bens, por ordem do magistrado, que determinaria, no limite, a venda de tais bens para o pagamento do débito³⁸⁹.

Contestada validamente as pretensões do autor, discutem os romanistas qual seria a sequência e o conteúdo dos atos processuais a partir de então. Para MOREIRA ALVES — a quem acompanhamos —, dar-se-ia, nessa ordem, a *confeção concreta da fórmula* (“*iudicium*”), a *admissão* ou *negação* da “*actio*” pelo magistrado e, por fim, a “*litis contestatio*”, com o término da instância “*in iure*”³⁹⁰.

Quanto à *redação* do “*iudicium*” (1ª fase), há pelo menos três teses, cada qual vinculada a uma concepção do processo formulário: (a) em 1827, na obra “*Ueber die Litiscontestation und Urtheil nach klassischen römischen Recht*” (Zurich), KELLER sustentou que o processo formulário teria adquirido natureza predominantemente *pública*, de modo que as partes simplesmente expunham o conflito e o magistrado mesmo redigia, a seu talante, o “*iudicium*” (logo, a “*litis contestatio*” não seria mais que um momento ideal do procedimento, que marcava o encerramento da fase “*in iure*”, sem qualquer dimensão ontológica relevante); (b) WLASSAK, por sua vez, objetou, em 1889 (“*Die Litiskontestation in Formularprozess*”, Leipzig), que o processo formulário teria ainda natureza eminentemente *privada*, com acentuado caráter arbitral, de modo que o *próprio autor* — ou o jurisconsulto que o estivesse assistindo — redigia a versão concreta da fórmula, tendo o réu o direito de nela fazer inserir certos capítulos (como, *e.g.*, a “*praescriptio*” e a “*exceptio*” — nota n. 379) e de debater os pontos litigiosos a serem fixados, para que, ao final, o magistrado simplesmente autorizasse o “*iudicium*”, na

³⁸⁹ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.270-279.

³⁹⁰ Moreira Alves, *Direito Romano*, p.274.

redação oferecida pelas partes, e ordenasse ao “*iudex*” o julgamento da causa (logo, a “*litis contestatio*” seria um contrato formal celebrado entre as partes, sem qualquer participação do magistrado, na qual ambas concordavam em que o litígio, tal como circunscrito no “*iudicium*”, fosse levado ao julgamento do “*iudex*” ou dos “*recuperatores*”); (c) em posição intermediária, CARRELLI e ARANGIO-RUIZ defenderam, por fim, que o “*iudicium*” era elaborado em conjunto por partes e magistrado (a quem assistia, inclusive, o poder de *não conceder* a fórmula concreta), assim como intervinham todos na celebração mesma da “*litis contestatio*”³⁹¹.

Admitindo-se, com WLASSAK, a natureza *contratual* da “*litis contestatio*” (*contrato judicial*), supõe-se que a formalização se desse com a leitura do “*iudicium*” (“*edere iudicium*”), pelo autor, ao réu, que o aceitava. Com isso, produziam-se três **efeitos processuais** distintos: o **extintivo**, o **fixador** e o **criativo**.

IV. Pelo *efeito extintivo*, o autor não teria mais a “*actio*” referente àquela relação litigiosa; logo, não poderia ajuizar outra ação “*de eadem re*” (de mesmo objeto): “*bis de eadem re ne sit actio*”. Reconhecia-se, pois, a **garantia do julgamento único**, que é uma das cláusulas inerentes ao devido processo legal formal; e, bem assim, introduzia-se a noção de **litispendência**, com a respectiva “*exceptio*” (“*exceptio rei in iudicium deducta*”, i.e., “exceção de coisa deduzida em juízo”). Na processualística contemporânea, ante a distinção conceitual entre *objeções* (defesas indiretas cognoscíveis “*ex officio*”, por inspirarem agudo interesse público) e *exceções* “*stricto sensu*” (defesas indiretas que só se conhecem por provocação da parte, ante o preponderante interesse privado)³⁹², diz-se melhor ser a litispendência uma *objeção*; mas também isso era já intuído pelo gênio romano, uma vez que o efeito extintivo da “*litis contestatio*” podia ser atuado “*exceptionis ope*” (i.e., mediante alegação do réu, em via de “*exceptio*”, com a consequente inserção do tema no “*iudicium*” e ulterior apreciação pelo juiz popular que, apurando a veracidade da alegação, absolveria o demandado), mas também “*ipso iure*” (i.e., com o decreto liminar de

³⁹¹ Para a exposição cuidadosa dessas teorias, cf., por todos, Odoardo Carrelli, *La Genesi del Procedimento Formulare*, Milano, Giuffrè, 1946, *passim*. A tese dominante, ainda hoje, é a de WLASSAK (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.259).

³⁹² Sobre a distinção entre *objeções* e *exceções*, cf., por todos, José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. III, pp.253-256.

“*denegatio actionis*”, exarado pelo próprio magistrado judicial na fase “*iu iure*”, desde que houvesse evidência bastante da “*litis contestatio*” anteriormente pactuada)³⁹³.

Diga-se, por oportuno, remontar a este período a origem mais provável da teoria dos “*tria eadem*”, que está na base da identificação dos casos litispendentes ou prejudgados (i.e., na base das arguições processuais de litispendência e/ou de coisa julgada), compondo uma faceta importante da noção contemporânea de “*procedural due process*” (= *singularidade dos julgamentos* — a debelar, p. ex., a possibilidade de “*double jeopardy*” ou “*bis in idem*” processual). Com efeito, embora a noção remota dos “*tria eadem*” provavelmente informasse a proibição de “*rem actam agere*” no período das “*legis actiones*”, a sua delimitação conceitual, com específica referência ao efeito extintivo da “*litis contestatio*”, descobre-se e consolida-se no período formulário³⁹⁴. Demonstram-no passagens eloquentes do Digesto. JULIANO condicionou à identidade de pessoas (“*eadem personae*”) e à identidade de relação jurídica (“*eadem quaestio*”) a possibilidade de oposição da “*exceptio rei iudicatae*” (D. 44, 2, 3). Aprofundando a ideia, PAULO vinculou a “*exceptio rei iudicata vel in iudicium deducta*” — i.e., tanto a exceção de coisa julgada como a de litispendência — à existência de “*idem corpus*”, “*eadem causa petendi*” e “*eadem condicio personarum*” (D. 44, 2,12 e 44, 2, 14), ponderando dispensar-se até mesmo a identidade pessoal, desde que, fisicamente diversos, os sujeitos estivessem em idêntica posição jurídica (p. ex., o titular do direito e aqueles legitimados a falar por ele em juízo — como o “*cognitor*”, o “*actor municipum*” ou o “*defensor*” —, os vários credores ou devedores “*in solidum*”, os condôminos de um imóvel etc.)³⁹⁵. Debateu-se, outrossim,

³⁹³ Na realidade, a “*litis contestatio*” só produzia efeitos extintivos “*ipso iure*” — independentemente da “*exceptio rei in iudicium deducta*” — se (1) se tratasse de “*iudicium legitimum*” (i.e., tipo de processo instaurado em Roma, ou no território circundante até uma milha de distância, no qual eram partes cidadãos romanos e atuava um único “*iudex*”, também cidadão romano); e (2) se o objeto do litígio derivasse de uma “*obligatio iuris ciuilis*” (i.e., de uma obrigação reconhecida pelo “*ius civile*”, e não de um direito real ou de uma obrigação “*iuris honorarii*”). Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.275-276. Ademais, tanto para a distinção entre “*ius civile*” e “*ius honorarium*” como para a distinção entre o “*iudicium legitimum*” e o “*iudicium imperio continens*” (tipo de processo no qual não se verificava algum dos requisitos do “*iudicium legitimum*” e que, por isso, não admitia o efeito extintivo “*ipso iure*” da “*litiscontestatio*”), veja-se, ainda, a lição de GRENNIDGE na nota n. 369 (*supra*).

³⁹⁴ Cf., por todos, Giovanni Pugliese, “*Giudicato civile (storia)*”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1958, n. 18, pp. 727-784.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*. Vejam-se, ainda, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.282-284; José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp.104-108.

se, no marco das ações reais (“*actiones in rem*”)³⁹⁶, a “*opinio petitoris*” deduzida na “*intentio*” era relevante para a identificação da ação, limitando os efeitos preclusivos da “*litis contestatio*”. Conquanto se negasse, em geral, tal relevância (D. 44, 2, 11, 5), os jurisconsultos clássicos entenderam que aquela limitação seria possível, se a fórmula especificasse minudentemente a “*causa petendi*” da alegada aquisição (“*agere expressa causa*”).

Debater hoje em dia a relativização da coisa julgada (*infra*, §32º) passa pela correta compreensão da garantia da singularidade de julgamentos, inclusive no seu nascedouro. Dilo-emos adiante. Por ora, entretanto, voltemos aos efeitos mesmos da “*litis contestatio*”.

Pelo *efeito fixador*, o “*iudex*”, ao julgar a lide, deveria considerá-la como existia ao tempo da “*litis contestatio*”, nos limites do “*iudicium*”, desprezando modificações ocorridas posteriormente (a ponto de se discutir se, uma vez paga a dívida no interregno compreendido entre a “*litis contestatio*” e a instância “*apud iudicem*”, ainda assim o juiz deveria condenar o réu³⁹⁷). Como já se observou (item I), o efeito fixador consagrou, no processo romano, a *garantia da correlação entre a demanda* — tal como fixada na “*litis contestatio*” — e a *sentença* (garantia que, hoje, sabe-se ter natureza principiológica).

Alfim, o *efeito criativo* refere-se à gênese de um direito essencialmente *processual* com a celebração da “*litis contestatio*”, a saber, o direito de o autor obter, do “*iudex*”, a condenação do réu, se verdadeiros os pressupostos contidos no “*iudicium*”. Os romanistas ponderam que esse “direito novo” era, sim, um *direito de crédito* (logo, um direito subjetivo material), pois as condenações, no processo formulário, eram somente em dinheiro (Gaio, *Institutas*, IV, 48); mas entendem também ser um *direito novo*, porque o seu fundamento já não era mais aquele do direito trazido a juízo (e.g., a “*obligatio ex contracto*” ou “*ex delicto*”), mas a *própria* “*litis contestatio*” (tanto que, numa ação indenizatória, se já houvesse “*litis contestatio*” no momento da morte do credor “*ex*

³⁹⁶ Isso porque, no marco das ações pessoais (“*actiones in personam*”), tal relevância era pacífica, uma vez que uma mesma prestação poderia ser devida por força de relações obrigacionais diversas, inconfundíveis e autônomas entre si (“*singulas obligationes singulae causae sequuntur*”), de modo que se tornou *ônus do autor* delimitar a “*causa obligationes*” (Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.106).

³⁹⁷ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.277.

delicto”, os herdeiros poderiam continuar a ação e se favorecer com a sentença do “*iudex*”, muito embora, pelo “*ius civile*”, o direito de crédito em obrigações “*ex delicto*” não se transferisse aos herdeiros do credor³⁹⁸).

Parece-nos, porém, que essa tese — a sugerir, *grosso modo*, uma espécie de “novação objetiva” do crédito³⁹⁹ — não reflete bem o propósito desse *efeito criativo*, que era *autonomizar* a pretensão original, blindando-a, a partir da “*litis contestatio*”, de quaisquer eventos aleatórios que pudessem prejudicá-la (como, nas “*obligationes ex delicto*”, a própria morte do credor, em prejuízo dos herdeiros, a quem aproveitaria o crédito, por sucessão natural, se o devedor o houvesse satisfeito ao menos até o instante da “*litis contestatio*”). Esse tipo de blindagem implica, no plano das ideias, a **abstração** da causa jurídica original, a partir da estabilização do litígio, para que, a partir de então, os riscos gerais da vida não sejam mais suportados pelo sedizente credor (que, pela resistência do indigitado devedor, viu-se urgido a recorrer ao Estado), mas pelo indigitado devedor (i.e., o *réu*), “*si et quando*” confirmada a versão do autor. Na processualística contemporânea, esse exercício de abstração conduziu à concepção da **ação** como **direito abstrato** (*supra*, nota n. 364), i.e., como direito *eminente processual*, desataviado do direito material litigioso; mas, nada obstante, o seu exercício tem o condão de *blindar* a pretensão contra certos eventos que extinguiriam, impediriam, depreciariam ou modificariam o direito material, como a prescrição, as perdas da demora ou a desvalorização da moeda⁴⁰⁰. Aí está um indício veemente de que a própria *abstração* do direito de ação, na acepção hodierna, deve ser **instrumental**: se se autonomiza em relação ao direito material que fundamenta a pretensão, não pode se desprender de modo absoluto,

³⁹⁸ *Idem*, p.276 e nota n. 443.

³⁹⁹ Dá-se a *novação objetiva* quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a dívida anterior (cf., e.g., o artigo 360, I, do Código Civil brasileiro e o artigo 857º do Código Civil português).

⁴⁰⁰ Veja-se, e.g., o teor do artigo 219, *caput*, do CPC brasileiro (g.n.): “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa [efeitos processuais]; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, **constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição** [efeitos substantivos]”. No direito português, vejam-se, para os principais efeitos substantivos da citação, os artigos 481º, “a” (cessação da boa-fé do possuidor), e 662º, 2, “b” (constituição em mora), ambos do CPC, e os artigos 323º, 1 (interrupção da prescrição), 805º, 1 (constituição em mora), 1292º (interrupção da usucapião, por extensão do artigo 323º) e 2308º, 3 (interrupção da caducidade da ação de nulidade de testamento ou de disposição testamentária), todos do Código Civil. Quanto à *correção monetária* — que elide os males da desvalorização monetária —, a tendência universal é considerá-la, sempre, espécie de *pedido implícito* ao exercício do direito de ação tendente a um provimento condenatório em pecúnia (assim como os próprios *juros de mora* — cf., e.g., o artigo 293, “*in fine*”, do CPC brasileiro, bem como a Súmula n. 254 do C.STF).

porque a *função teórica* dessa abstração é, essencialmente, *blindar* a pretensão contra riscos gerais da vida a partir da concreta configuração do litígio (hoje, não mais com a “*litis contestatio*” — que não resistiu à publicização do processo —, mas com a *citação*⁴⁰¹). Tudo isso para dizer que:

(a) o gênio jurídico romano, ao conceber o *efeito criativo* da “*litis contestatio*”, fez o primeiro movimento teórico no sentido de construir um direito de ação *abstrato*, que se autonomiza dos fundamentos jurídico-materiais da pretensão original;

(b) essa abstração tinha, ela própria, uma *função de garantia*, a saber, imunizar a pretensão litigiosa, uma vez estabilizada, de eventos que pudessem afetá-la sem a culpa ou a participação do autor (logo, tratava-se de uma **abstração instrumental** — como ainda hoje deve ser, até por legado sistêmico, notadamente para que não se perca de vista o *foco garantista do processo* e as *implicações recíprocas* entre o direito material e o processo⁴⁰²);

(c) melhor que falar em um direito de crédito baseado na “*litis contestatio*” — o que não se sustenta, sequer na perspectiva da novação objetiva, porque o réu não vinha de reconhecer o crédito do autor e nem mesmo se comprometia a reconhecê-lo caso o “*iudex*” confirmasse os pressupostos da “*intentio*”⁴⁰³ —, será falar em um **direito processual de**

⁴⁰¹ “A citação do réu produz efeitos processuais e substantivos. São os seguintes os efeitos processuais: - a **estabilidade dos elementos subjectivos e objectivos da instância** [...]” (Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997, p.277 — g.n.). Segue, no escólio, a discriminação dos demais efeitos jurídico-processuais e dos efeitos jurídico-materiais da citação, nos termos da nota anterior.

⁴⁰² Nesse sentido, veja-se, por ora, BEDAQUE: “**A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial**. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. **Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende**”. Adiante: “Tratando-se de ciência instrumental, não é possível concebê-la sem a perfeita identificação dos problemas existentes na sua área de atuação. **O processualismo, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao direito material, constitui um mal**, pois desconsidera o objeto na construção do instrumento” (*Direito e Processo...*, pp.17-18 — g.n.). No entanto, a ideia mesma de **implicações recíprocas entre Direito e Processo na perspectiva de uma abstração “instrumental”** — que, na verdade, é corolário inevitável dos dois pressupostos estruturantes desta investigação (*supra*, tópicos 5.1 e 5.2) — será retomada e reformulada, adiante, em diversas passagens desta Tese.

⁴⁰³ Conquanto irrecorrível a sentença do “*iudex*” (*supra*), podia, entretanto, ser *impugnada* pelo réu — e não raro era — mediante instrumentos como a “*reuocatio in duplum*” e a “*restitutio in integrum*”. No sistema formulário, já se via nisso o exercício de um direito (= de uma “*actio*”), não a violação de uma obrigação ou de um dever. Voltaremos a esse tema.

obtenção de um sentença condenatória em pecúnia⁴⁰⁴, condicionada à aferição dos pressupostos da “*intentio*” (logo, um *direito processual “sub conditione”*).

Na construção recente, esse “*direito processual de obtenção de uma sentença condenatória*” ascende um degrau na escala de abstração, descobrindo-se como um “*direito processual de obtenção de sentença*”, i.e., como um **direito ao provimento jurisdicional**, seja ele qual for (que, como tal, passa a ser também uma garantia do próprio réu⁴⁰⁵).

V. Nessa altura, as elucubrações propendem para outro viés de polêmica, bem mais recente, que diz com a **natureza jurídica** da própria *ação*. Há uma forte corrente de opinião, no direito processual hodierno, que não reconhece no processo qualquer “direito”, por compreender que essa expressão pressupõe *obrigações* da contraparte (à maneira dos direitos subjetivos materiais), que não existem na dimensão processual. Assim, por todos, DINAMARCO obtempera que

“Direito subjetivo é uma *situação jurídica de vantagem em relação a um bem*. Obrigação, como contraposto negativo do direito subjetivo, é uma *situação jurídica de desvantagem em relação ao mesmo bem*. [...] O cumprimento da obrigação e correlativa satisfação do direito importam acréscimo ao patrimônio de quem recebe e diminuição daquele que fica privado do bem. Trata-se de um sacrifício segundo a lei e sua imposição é eticamente legítima, mas não deixa de ser um *sacrifício*. Mas o Estado-juiz não se despoja de bens, nem se considera patrimonialmente diminuído ou *sacrificado*, quando realiza atos inerentes ao exercício jurisdicional. É do próprio interesse do Estado, que assume para si o encargo de outorgar tutela a quem tiver razão, que a justiça se faça e os conflitos se eliminem: *interest rei publicæ* a pacificação social que pelo processo se promove. Daí ser impróprio falar em direitos e obrigações no processo, porque os deveres impostos aos seus sujeitos têm por objeto imediato a criação de situações processuais e não a obtenção de um bem da

⁴⁰⁴ Sobre as razões pelas quais, no sistema formulário, as condenações eram necessariamente em dinheiro (razões que, diga-se, pouco se conhecem), KASER oferece boas respostas (cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.372-374 — sobre o “*Prinzip der Geldverurteilung*” — e nota n. 25 — inclusive citando ERHARDT e a tese da origem grega). Esse dogma de restrição quanto ao objeto do provimento condenatório (“*condemnatio pecuniaria*”) existia mesmo nas ações de reivindicação de coisa, caso o réu se recusasse a devolvê-la “*in natura*” (Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.260).

⁴⁰⁵ Tanto que, a certa altura, já não se admite a *desistência* da ação (i.e., de “instância”) sem o consentimento do réu: veja-se, e.g., o artigo 267, §4º, do CPC brasileiro, e o artigo 296º, 1, do CPC português.

vida. Os deveres do juiz não visam a favorecer alguém mediante alguma suposta restrição dos interesses do Estado, que ele personifica o processo. Quando o juiz julga o mérito, reconhecendo que o autor tem o “*direito*” de ação, isso para ele não é sacrifício, mas realização de uma das funções estatais. [...] O “*direito*” de ação não é um autêntico direito subjetivo, mas o *poder* de criar condições para que o Estado possa decidir e, se for o caso, conceder a tutela jurisdicional ao autor”⁴⁰⁶.

Não é esse o lugar adequado para aprofundar esse debate, por mais atraente que seja. No entanto, até para os futuros desdobramentos desta Tese, é mister pontuar nossa divergência. Assim, por ora, limitamo-nos a observar que, em contraste, há diversos autores que referem textualmente os “direitos processuais” ou que estudam as garantias processuais como *direitos* em acepção estrita — citem-se, *e.g.*, SACHS⁴⁰⁷, CHIOVENDA⁴⁰⁸, LIEBMAN⁴⁰⁹, PICARDI⁴¹⁰, TEIXEIRA DE SOUSA⁴¹¹, LEBRE DE

⁴⁰⁶ Dinamarco, *Instituições...*, v. II, pp.210-211. Em outra obra, porém, o próprio autor incorre na denunciada “impropriedade”, ao asseverar — com acerto, diga-se — que “[e]xiste um **direito ao procedimento**, que no fundo é direito à participação em contraditório” (Dinamarco, *A instrumentalidade...*, p.387 [g.n.]).

⁴⁰⁷ Michael Sachs, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, Springer, 2003, pp.516-517 (sobre a garantia fundamental de “audição judicial”, i.e., de acorrer ao Poder Judiciário e ali ser ouvido — ou, na expressão do artigo 103, 1, da GG, “*rechliches Gehör*”): “Wie es [das *rechliche Gehör*] die *Anspruchsformulieren nahe legt, handelt es sich um ein auf das Gerichtsverfahren bezogenes grundrechtsgleiches Leistungsrecht*”. Adiante (p.517): “Das *rechliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG ist ein Jedermannrecht, das ungeachtet der nur für die natürlichen Personen bestehenden Verbindungslinien zur Menschenwürde wesensmäßig auch inländischen juristischen Personen des Privatrechts zustehen kann*” (negritos no original).

⁴⁰⁸ Chiovenda, *Princípios...*, t. I, pp.66-67 (referindo a ação, logo à partida, como um “direito potestativo”, embora logo adiante p.69 passe a defini-la como “o poder jurídico de dar vida (‘porre in essere’) à condição para a atuação da vontade da lei”).

⁴⁰⁹ Liebman, *Manual...*, p.150. *In verbis*: “Coisa diferente é a ação, o **direito subjetivo** sobre o qual está construído todo o sistema do processo, cuja fisionomia se acha delineada já na primeira parte do art. 24 da Constituição [italiana]: o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos e isso significa que não pertenceria a quem postulasse tutela para direitos alheios. [...] Assim, sabemos agora que no âmbito daqueles todos, referidos na segunda parte do art. 24, se encontram também aqueles que não tanto podem propor uma demanda qualquer, mas são **titulares de um verdadeiro direito** que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a **obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente**, sendo com isso concedida ou negada a tutela pedida. Esse direito é precisamente a ação, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário, guarda relação com uma relação concreta, decorrente de uma aleada lesão a direito ou a interesse legítimo de seu titular e identifica-se (como veremos) por três elementos bem precisos [...]” (g.n.). Sobre a origem romana dos “*tria eadem*”, vide, *infra*, o tópico 7.3.3, VI.

⁴¹⁰ Nicola Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.174 e ss. (sobre o direito à tutela jurisdicional que se constitui em “*diritti processuali*” no confronto com o Estado, em face de quem se promove a ação, e também no confronto com a contraparte).

⁴¹¹ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.33 e ss. (o autor fala, *e.g.*, em “direito à jurisdição”, “direito ao processo justo”, “direito à audição prévia”, “direito de resposta”, “direito à prova”, etc.).

FREITAS⁴¹² e NERY JR.⁴¹³ —, o que revela certo aparte doutrinal, ao qual nos alinhamos. E a isso aduzimos, para preservar a coerência desta exposição, que entendemos ser a *ação* não apenas um **poder** (= posição jurídica que habilita o cidadão a exigir do Estado um pronunciamento oficial de mérito), mas também um **direito** (= posição jurídica que habilita a pessoa a exigir de uma contraparte relacional — “*in casu*”, do Estado — um comportamento⁴¹⁴ definível “*in se*” como *bem da vida*: a própria **jurisdição de mérito**, que é atividade concretizadora do direito objetivo e pacificadora de conflitos). Com efeito, a *função jurisdicional*, sobre ser uma manifestação do poder estatal, envolve custos e sacrifícios, amiúde transferidos às partes em alguma escala; não fosse assim, a questão do *acesso à justiça* — notadamente na dimensão econômica — jamais teria inspirado tantas discussões (cf., *infra*, tópico 2.4). A jurisdição de fundo não é prestada sem alguma resistência (que se releva como barreiras técnicas — *e.g.*, condições da ação e pressupostos processuais —, econômicas — *e.g.*, custas e despesas processuais — e/ou estruturais — *e.g.*, lentidão ou inacessibilidade especial). Logo, quando se consegue obtê-la, vencendo as resistências e instando o agente político ao pronunciamento de mérito (ainda que não se reconheça a pretensão material deduzida), obtém-se do Estado um *bem* indiscutível, cuja prestação lhe carrou certo desgaste.

Na verdade, a tese de DINAMARCO perde-se em duas esguelhas de engano. A primeira, quanto pretende vincular a noção de *bem da vida* à de “acréscimo patrimonial”: há outros *bens da vida* que podem ser obtidos mediante comportamentos onerosos de terceiros e que, todavia, não importam em acréscimo de patrimônio, mesmo na ordem jurídica privada (assim, *e.g.*, o exercício do direito de resposta ou a cessação de atividade

⁴¹² Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.27-28 (tratando do “direito de ação” como corolário do “direito à jurisdição”, para depois defini-lo como “o direito de recorrer aos tribunais pedindo a tutela dum interesse protegido pelo direito material”). Adiante, às pp.78-79, afirma peremptoriamente que “[o] direito de ação foi outrora considerado uma emanção do direito subjectivo privado, como tal deste não se distinguindo. [...] O direito de acção é [...] hoje pacificamente entendido como um **direito público** totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária, afirmando-se como existente: ainda que ela na realidade não exista, a afirmação basta à existência do processo, com o consequente direito à emissão da sentença” (g.n.).

⁴¹³ Nelson Nery Jr., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p.91. *In verbis*: “[...] o direito de ação é um **direito cívico e abstrato**, vale dizer, é um **direito subjetivo à sentença tout court**, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação” (g.n.).

⁴¹⁴ Quanto a essa definição de *direito subjetivo*, veja-se, por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.105.

deletéria). A segunda, quando não admite que existam direitos subjetivos em face de funções estatais. A ser assim, considerando-se que todos os deveres do Estado inserem-se nas constituições modernas (em texto ou em ideia)⁴¹⁵, concluir-se-ia que *todas as atividades estatais* — mesmo aquelas conseguidas do Estado-administração por ingerência direta do Estado-juiz —, positivas ou negativas, seriam meros exercícios de função estatal, inábeis à geração de prejuízos e, portanto, alheios à noção de direito. Ter-se-ia aniquilado, num átimo de equívoco, toda a construção da Teoria dos Direitos Fundamentais, cuja maior conquista foi precisamente a identificação de *direitos subjetivos públicos* exercitáveis em face do próprio Estado, em todas as suas manifestações funcionais (Estado-administração, Estado-legislação e — porque não — Estado-jurisdição), quando a sua ação ou a sua inércia impliquem violação ou ameaça a direitos e garantidas fundamentais dos cidadãos (**eficácia vertical dos direitos fundamentais**). Daí porque ALEXY distinguiu, entre as variegadas classes de direitos fundamentais, a dos *direitos à organização e ao procedimento*, entre os quais estão os chamados “*direitos a procedimentos judiciais e administrativos*” (“*Rechte auf gerichtliche und behördliche Verfahren*”), que são essencialmente “*direitos a uma proteção jurídica efetiva*” e que, para mais, servem à “*proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros*”⁴¹⁶. Eis aí, afinal, o *bem da vida* que está em jogo quando se exercita o direito de ação (independentemente de quaisquer ganhos patrimoniais): a **proteção jurídica efetiva** (em ato ou potência), a que o Estado não se pode negar. A ela se liga, ademais, uma série de *deveres processuais* correlatos, conformados de variegados modos pelas diversas legislações processuais, muitos dos quais adiante referidos (p.ex., o “*Vorlagepflicht*” do direito processual alemão — v., *infra*, tópico 20.2, n. VII).

Por tais motivos, continuaremos a referir, pontualmente, o **direito de ação**, seja porque se trata de expressão já consagrada pelo uso forense e juscientífico, seja ainda — e sobretudo — porque, em nosso entendimento, a locução não traz qualquer impropriedade terminológica.

⁴¹⁵ Essa foi, a propósito, a objeção que, noutro contexto, E.-W. BÖCKENFÖRDE opôs à teoria dos direitos fundamentais de ALEXY, e que foi esplendidamente respondida pelo próprio ALEXY em seu *Epílogo* (cit., pp.17-20 e 22-30).

⁴¹⁶ *Theorie...*, pp. 430 e ss.

VI. São parcas as informações sobre a instância “*apud iudicem*” no sistema formulário. Sabe-se que, à maneira das “*legis actiones*”, processava-se perante juízes populares, funcionando singularmente (“*iudex unus*”) ou em colegiado (“*recuperatores*”). Poderia perdurar por tempo indefinido, enquanto estivesse no cargo o magistrado que admitira a “*actio*”, se se tratasse de “*iudicium império continens*”; ou por até dezoito meses, se se tratasse de “*iudicium legitimum*”. Especula-se ainda que, independentemente do “*iudicium*” — que provavelmente era entregue pelas partes ao “*iudex unus*” ou aos “*recuperatores*” (dir-se-á, doravante, apenas juiz ou “*iudex*”, como vínhamos fazendo, entendendo-se implícita a extensão lógica aos “*recuperatores*”) —, o magistrado judicial ainda mandava ao juiz um “*decretum*”, por escrito, que lhe mandava julgar o litígio (“*iussum iudicandi*”). Outros acreditam que essa ordem estivesse implícita no cabeçalho do “*iudicium*” (“*Octavius iudex esto*”), ou ainda no comando final “*si paret [...] condemnato; si non paret, absoluto*”⁴¹⁷. De qualquer modo, é certo que, no processo formulário, o magistrado podia interferir diretamente na atividade do “*iudex*”, inclusive constringendo-o a cumprir exatamente o “*iussum iudicandi*”, dando-lhe instruções complementares ao próprio “*iudicium*” ou mesmo dimanando ordens concretas necessárias para o bom andamento de certos tipos de litígio (e.g., a ordem de sequestro da coisa litigiosa quando houvesse risco de subtração ou destruição, ensaiando quiçá as primeiras noções do poder geral de cautela). Por outro lado, não se admitia que tais intervenções cerceassem a livre convicção do “*iudex*” (o que antecipava, também embrionariamente, a compreensão da *imparcialidade* e da *independência* do juiz como garantias da jurisdição).

No dia designado pelo “*iudex*”, as partes deviam comparecer perante o mesmo para o julgamento do litígio; se não comparecessem até o meio-dia, respondiam por contumácia, ainda nos termos da Lei das XII Tábuas s (Tábua I, 8: “*post meridiem praesenti litem addictio*”). Faziam-no pessoalmente ou por representantes (como eram, e.g., o “*cognitor*”, o “*procurator*”, o “*tutor*” ou mesmo o “*curator*”). Supõe-se que, nesse ocasião, entregassem-lhe o “*iudicium*” (Gaio, *Institutas*, IV, 141). As razões eram então livremente expostas por autor e réu, em realização quase perfeita dos princípios instrumentais da

⁴¹⁷ Cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.370-372; Carrelli, *op.cit.*, pp.122-123; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p277.

*primazia da palavra, da imediatidade, da concentração e da identidade física do juiz, que a doutrina italiana reuniria séculos depois, qual complexo de ideias, sob o pálio do princípio da oralidade*⁴¹⁸.

Seguia-se a fase probatória, quando se produzia a instrução e a ulterior discussão a respeito do resultado das provas. As fontes sugerem que os romanos já haviam desenvolvido, àquela altura, noções rudimentares de capacidade e independência técnico-judiciária — que inspiraria, nos tempos modernos, o adágio “*iura novit curia*” —, pois não se impunha às partes o ônus de provar as fontes de produção do direito, mas apenas as “*quaestiones facti*” (i.e., os fatos deduzidos pelo autor na “*intentio*” e/ou pelo réu na “*exceptio*”)⁴¹⁹. Maturava-se, outrossim, a ideia de *ônus da prova*, remontando a esse período a regra descrita por PAULO (D. 22, 3, 2): “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. Tal ideia viria a ser ulteriormente consagrada em inúmeras codificações, como garantia do cidadão contra a pronúncia do “*non liquet*”⁴²⁰. Ainda não era assim, porém, no processo formulário. Pode-se afirmá-lo pela célebre narrativa de AULO GÉLIO que, investido na condição de “*iudex*”, viu-se diante de situação na qual o autor, pessoa de comprovada idoneidade, reclamava quantia decorrente de mútuo, que o réu, sabido aldrabão, alegava já ter quitado. Como o autor não houvera produzido provas quaisquer, o patrono do réu insistia na sua absolvição, com a consequente condenação do autor por calúnia, à falta de prova bastante da subsistência da dívida. AULO GÉLIO aconselhou-se com o filósofo FAVORINO, que propôs condenar o réu tão só pela sua reputação infeliz. Entretanto, não convencido do acerto da tese (que, afinal, escorava-se apenas nos traços

⁴¹⁸ Diz-se “quase perfeita” — em relação à **oralidade perfeita** do procedimento das “*legis actiones*”, de que se tem menos informações, mas a cujo propósito não se conhecem fases documentais —, em virtude do próprio “*iudicium*” (que, no processo formulário, tem forma sabidamente *escrita* e era de *existência necessária*). Veja-se, por todos: “*Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula [na verdade, o “iudicium”] se revestia de forma escrita. Na extraordinaria cognitio o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais*” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p.274). Sobre os procedimentos da “*cognitio extraordinaria*”, veja-se o tópico seguinte. Mesmo a influência dos germânicos invasores reforçaria a ideia da **oralidade**, já que eram inteiramente *orais* os procedimentos entre eles; a primazia do **princípio da documentação** só despontaria no medievo, a partir da reação do *direito canônico*.

⁴¹⁹ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.363-364.

⁴²⁰ No caso brasileiro, a regra ainda mantém toda a sua positividade no artigo 818 da CLT, que dispõe, para o processo do trabalho, que “*a prova incumbe a quem alega*” (sem recorrer aos paradigmas de ROSENBERG, como fez o Código de Processo Civil em 1973 — cf., *supra*, o tópico 1.1, VII, caso n. 2).

morais das partes), AULO GÉLIO pronunciou o “*non liquet*”, ignorando a regra incipiente de distribuição do ônus da prova⁴²¹.

Dados sistematizados sobre os meios de prova recolhem-se sobretudo na obra dos retóricos, mais que à dos juristas⁴²². Tais meios eram classificados como “*probationes inartificiales*” (“*atechnai pisteis*”⁴²³) ou como “*probationes artificiales*”, conforme a sua assimilação semântica dependesse ou não da argumentação das partes. Entre as provas admissíveis, as fontes indicam alguns meios típicos: “*preiudicia*” (sentenças anteriormente prolatadas), “*fama atque rumores*” (conhecimento público ou verdade sabida), “*tortura*” (tortura), “*iusiurandum*” (juramento), “*tabulae*” (documentos), “*testes*” (testemunhas)⁴²⁴. Paulatinamente, as provas de tipo documental e testemunhal tornaram-se os mais relevantes meios de prova forense, como o são ainda hoje, ao lado da prova de tipo pericial. Após a colheita das provas, os oradores — advogados das partes — faziam suas alegações finais, em verdadeiros discursos que inspirariam a teoria geral da retórica (“*exordium*”, “*narratio*”, “*partitio*”, “*confirmatio*”, “*reprehensio*” ou “*refutatio*” e “*conclusio*”).

Na sequência, o processo seguia para o julgamento.

Nele, o “*iudex*” formava livremente a sua convicção (aconselhando-se ou não com assessores e jurisconsultos), abrindo-se-lhe duas opções. Se não lograsse concluir qual das partes tinha razão, abster-se-ia de prolatar sentença, proferindo o juramento “*sibi non liquere*” (como, *supra*, no exemplo de AULO GÉLIO), o que autorizava os litigantes a requererem ao magistrado a designação de outro juiz popular. Do contrário, e as mais das vezes, deveria prolatar a sua sentença (“*pronunciatio*”), dispensada de quaisquer pressupostos de forma, *exceto* quanto à estrita adstrição aos conteúdos da fórmula (*supra*) — e não “à lei”, como se diria hodiernamente. Em sentença, a função do “*iudex*” era

⁴²¹ Cf. P. W. Duff, “*Non liquet*”, in *Butterworths South African Law Review*, Durban, Butterworths, 1956, v. 3, pp.39-40; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.126-127.

⁴²² Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.365.

⁴²³ Na expressão de origem grega (πίστεις ἀτέχναι).

⁴²⁴ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.365; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.125. CÍCERO apontara elenco ligeiramente diverso: “*tabulae*”, “*testimonia*”, “*pacta conventa*”, “*quaestiones*”, “*leges*”, “*senatus consulta*”, “*res iudicatae*”, “*decreta*” e “*responsa*” (*apud* Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.365, nota n. 29), com alguma confusão entre o que modernamente se conhece como *meios de prova* e como *fontes formais de direito* (que, na tradição romana, costumavam ser incluídas entre as “*probationes inartificiales*”).

basicamente a de verificar a veracidade dos fatos alegados na “*intentio*” e — se houvesse — na “*exceptio*”, na “*replicatio*”, na “*duplicatio*” e/ou na “*triplicatio*”, condenando ou absolvendo o réu (“*iussus indicandi*”) com base nesse juízo, nos termos da própria fórmula (“*si paret condemnato; si non paret, absoluto*”), sem maiores ponderações sobre o “*quantum debeatur*” (= abstração quantitativa “*ex formula*”).

Mas não é só. Para além dessa, havia diversas outras concessões ao formalismo do período anterior. Sabe-se, p. ex., que o “*iudex*” (i) deveria absolver o réu, se a pretensão narrada na “*intentio*” não fosse exata — já que não se reconhecia, ao autor, uma faculdade processual de retificação —, o que poderia significar, em alguns casos (“*plus petitio re*”, “*plus petitio tempore*”, “*plus petitio loco*”, “*plus petitio causa*”), a perda da pretensão material, pelos amplos efeitos extintivos da “*litis contestatio*”; (ii) deveria limitar-se à situação de fato ocorrente no momento histórico da “*litis contestatio*”, desconsiderando quaisquer fatos posteriores a ela, mesmo que anteriores à sentença; (iii) não poderia jamais condenar o próprio autor, pois os poderes oriundos da fórmula atinham-se à condenação ou absolvição do réu⁴²⁵.

As três primeiras limitações cederam já no período formulário, com o advento de novas ferramentas processuais — como a “*actio eo quod certo loco*” (para evitar a “*plus petitio loco*”) — e, notadamente, com a evolução das “*iudicia*” de boa-fé (*infra*, VIII), nos quais o juiz podia livremente avaliar o valor da condenação ou levar em conta fatos ocorridos após a “*litis contestatio*”. Já a derradeira limitação — intangibilidade do autor — pôde ser superada pontualmente, com a possibilidade de se incluir, no interesse do réu, uma cláusula adicional à fórmula, a que se denominava “*iudicium contrarium*” (provavelmente o antecedente histórico mais bem-formado das atuais *reconvenções*⁴²⁶). Na verdade, essa intangibilidade pode ser reconhecida, ainda hoje, como aspecto lateral do próprio princípio da correlação entre a demanda e a sentença (*supra*, n. I); logo, uma *garantia processual*. Mas tem admitido inflexões, como nas condenações “*ex officio*” por ato não cooperativo

⁴²⁵ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.279-280. Essas restrições à “*plus petitio*” seriam grandemente superadas no processo “*extra ordinem*”, a ponto de se admitir a ultrapetição, como se dirá adiante (tópico 7.3.4).

⁴²⁶ Que viriam a ser formalmente admitidas, como “*actiones*” conexas e contrárias, somente na “*cognitio extraordinaria*”. Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.308-315; e, abaixo, o tópico 7.3.4.

ou litigância de má-fé (*e.g.*, artigo 14, par. único, e artigos 17 e 18 do CPC, respectivamente), ou ainda nas exceções sistêmicas (*e.g.*, artigo 74º do CPT).

Proferida a sentença, seu principal efeito era a produção da “*res iudicata*” — dimensionada pelos “*tria eadem*” (*supra*, IV) — e, nas sentenças condenatórias, a criação de um novo direito: o de ***exigir do réu*** o pagamento do valor da condenação (= “*obligatio iudicati*”) ⁴²⁷, que se exercitava pela “*actio iudicati*”. Era, pois, condição da “*actio iudicati*” a prévia conclusão de um processo cognitivo anterior, com pronunciamento favorável ao autor. Seguia-se, de perto, o modelo do sistema das ações da lei; logo, cedia-se outra vez ao formalismo daquele período. Nada obstante — quiçá por sugerir, pelo conceptualismo e pela complexidade, maior “cientificidade” —, esse modelo não imanente seria reproduzido por inúmeros códigos contemporâneos, que preconizaram a distinção ontológica entre a *ação de conhecimento* e a *ação de execução* subsequente à prolação da sentença judicial condenatória, como se o autor exercitasse direitos processuais autônomos (quando, a rigor, simplesmente prossegue exercitando a mesma pretensão original, conquanto o faça em fases instrumentalmente diferentes) ⁴²⁸.

No sistema formulário, jamais se pensou em “duplo grau de jurisdição” ou qualquer instituto semelhante como forma de garantia. A sentença prolatada pelo “*iudex*” não podia ser reformada em hipótese alguma, fosse pelo mesmo juiz, fosse por qualquer outro. Dir-se-ia, pois, que, em via de regra, produzia imediata coisa julgada. Indiretamente, porém, a parte vencida poderia obter efeitos semelhantes àqueles dos recursos modernos, valendo-se de um dos seguintes instrumentos processuais: (i) a “*intercessio*”, pela qual um magistrado

⁴²⁷ Cf., por todos, Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.377 (realçando a novidade e a autonomia do vínculo civil-obrigacional — ou civil-real, em caso de “*formula petitoria*” — decorrente da “*condemnatio*”): “*Die Geldkondemnation führt außerdem eine neuerliche Umwandlung einer bestehenden zivilen Verbindlichkeit herbei*”.

⁴²⁸ No caso brasileiro, o Código de Processo Civil de 1973 manteve esse modelo dual-autonomista (suavizando-o, é verdade, ao restringir o universo litigioso nas execuções de títulos judiciais), herdado do Código de Processo Civil de 1939. Só veio a superá-lo recentemente, com a edição da Lei n. 11.272, de 22.12.2005, que acresceu ao título VIII (“*Do Procedimento Ordinário*”) do livro I (“*Do Processo de Conhecimento*”) o seu capítulo X, a regular a *fase de cumprimento da sentença* (artigos 475-I a 475-R), ontologicamente indissociável do próprio processo cognitivo. Logo, havendo título executivo judicial condenando a pagar quantia certa, seguir-se-á o *cumprimento da sentença por atos de execução* (artigo 475-I, *caput*, do CPC), e não mais uma *ação de execução* para cumprimento de sentença. Ganha-se na simplicidade das formas, na dispensa da repetição de atos processuais (a exemplo da citação) e na efetividade dos julgados.

superior (e.g., um cônsul) podia vetar ato ordenado por outro, inferior (e.g., um pretor), na execução de uma sentença; (ii) a “*revocatio in duplum*”, pela qual se podia obter a declaração de nulidade do julgamento anterior, por vício de forma ou de conteúdo (expondo-se o réu, se improcedente a sua pretensão, à condenação “*in duplum*”) ⁴²⁹; (iii) a “*restitutio in integrum*”, pela qual o vencido pedia ao pretor que lhe concedesse, contra a sentença anteriormente prolatada, a restituição integral do seu estado jurídico anterior, tornando sem efeitos práticos o julgamento anterior e autorizando a instauração de novo processo ⁴³⁰. Essa informação histórica terá seu papel crítico, se por ela se puder apreender que a revisão dos julgados, nos primórdios da processualística, dava-se **por exceção**, não como regra (vide, *infra*, §16º, 16.4).

VII. Digam-se ainda algumas palavras sobre a *execução* dos julgados no período formulário.

A satisfação coercitiva da “*obligatio iudicati*” reclamava o exercício da chamada “*actio iudicati*”, igualmente dirigida ao pretor romano, como há pouco se adiantou (*supra*, VI). Pressuposto da “*actio iudicati*” era a “*condemnatio*”, de modo que, nos pronunciamentos meramente declaratórios — como nas “*actiones preiudiciales*” e em todas aquelas nas quais a fórmula se reduzia à “*intentio*” (sem “*condemnatio*” ou “*adiudicatio*”) —, não havia possibilidade de execução por ação. Ademais, a geração da “*obligatio iudicati*” conferia ao devedor um prazo de trinta dias para satisfação espontânea (“*tempus iudicati*” — Gaio, *Institutas*, IV, 182), antes do qual a “*actio iudicati*” não podia ser exercitada. O procedimento incluía a notificação prévia do vencido (“*editio formula*”), a sua citação (“*in ius vocatio*” — até hoje utilizado em alguns procedimentos executivos, como, e.g., no artigo 880 da CLT) — e o comparecimento das partes perante o magistrado, com as respectivas “*postulationes*”. O réu podia comparecer e defender-se pessoalmente, sem necessidade de intervenção de terceiros para contestar o pedido.

⁴²⁹ A existência da “*revocatio in duplum*” no direito clássico (*supra*, nota n. 2) é controvertida. Admite-a a doutrina dominante; mas nega-a, entre outros, BIONDO BIONDI, ao argumento de que, nesse período, não poderia ser distinguida com segurança da própria “*infinitio*”, que não era meio de ataque (como a “*revocatio in duplum*”), mas meio de defesa oponível especificamente à “*actio iudicati*” (*infra*). Cf. Biondo Biondi, “*Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*”, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, Fratelli Treves, 1930, v. 4, n. 28, pp.92-95; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.282, nota n. 448-a.

⁴³⁰ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.375-376; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.281-282.

Caso o réu simplesmente confessasse o não cumprimento da “*obligatio iudicati*”, o processo se bastaria com a instância “*iu iure*”: nesse caso, se o réu não quitasse o valor da condenação, o magistrado autorizaria a sua imediata execução. Podia ocorrer, porém, de o réu impugnar a própria “*obligatio iudicati*”, alegando a inexistência ou a nulidade da sentença anterior; para tanto, valer-se-ia da “*infinitio*”, que era o meio de defesa disponível aos demandados que não tivessem lançado mão de meio ofensivo autônomo (a “*revocatio in duplum*”, já referida). Para tanto, haveria de garantir o cumprimento da nova sentença que viesse a declarar improcedentes as suas alegações (“*cautium iudicatum*” — Gaio, *Institutas*, IV, 25). Prestada a fiança, pretor e partes redigiam a fórmula da “*actio iudicati*”, designando-se juiz popular e se instaurando a fase “*apud iudicem*”, com todos os elementos reportados acima. No final, refutadas as alegações do réu, a regra era que a condenação sucedânea importasse no dobro da primeira (“*condemnatio dupli*”), como na própria “*revocatio in dupli*”: “*lis infinitio crescit in duplum*” (GAIO). Assim não seria apenas quando não se vislumbresse dolo na resistência do réu, caso em que a nova condenação se limitaria ao “*simplum*” (= valor simples da obrigação anterior). Vê-se, pois, que (a) a “*infinitio*” precedeu historicamente a figura dos embargos em execução; (b) para o exercício desse meio de defesa, o réu se sujeitava a elevado risco processual (pagamento em dobro)⁴³¹. Na processualística contemporânea, esse meio de defesa foi preservado, mas com sensível perda de seu sentido de excepcionalidade: em geral, não há ônus para o seu exercício irresponsável⁴³².

Com ou sem fase “*apud iudicem*”, cabia ao pretor expedir a ordem de execução pela soma devida (“*in duplum*” ou “*simplum*”). Uma vez expedida, seguiam-se os atos de execução forçada, que, no processo formulário, passaram a ter caráter **opcional** (o que significou, sem dúvida, um passo importante no sentido da *humanização* do processo):

⁴³¹ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.383-401; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.284-287; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.131-136.

⁴³² Recentemente, no Brasil, buscou-se reverter esse estado de coisas, com o advento da Lei n. 11.232/2005 e a novel fase de cumprimento da sentença (artigos 475-I e ss. do CPC), pela qual o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, deve quitar o seu débito no prazo máximo de quinze dias, espontaneamente, sob pena de multa de dez por cento sobre o montante da condenação (artigo 475-J, caput, do CPC), seguindo-se a expedição de mandado de penhora. Dir-se-ia que, em relação ao caso romano (“*infinitio*” do período formulário), a multa é bem razoável (ali, de 100%; aqui, de 10%). Nada obstante, a norma causou grande comoção entre juristas e advogados, a ponto de se ouvirem vozes sugerindo a inconstitucionalidade do preceito, por violação ao sagrado direito de defesa...

podiam recair sobre a pessoa do devedor ou sobre o seu patrimônio, privilegiando-se paulatinamente essa última forma, notadamente por força de reformas introduzidas no sistema processual pela *atividade pretoriana*⁴³³ (a denotar, em especial, o papel que a magistratura romana traquejou na flexibilização humanizadora do rigor dos textos legais). Assim, se a execução pessoal perdurava nos casos de devedores insolventes — recaindo sobre o corpo do devedor, que podia ser conduzido preso à casa do autor e lá mantido em condição análoga à de escravo, até que o valor do seu trabalho quitasse a dívida pendente (conquanto já não pudesse ser morto ou vendido como escravo, como no tempo das ações da lei) —, admitiu-se e se disseminou, para os outros casos, o emprego da “*uenditio bonorum*” (= execução sobre os bens do réu), provavelmente criada pelo pretor RUTILIUS RUFUS em 118 a.C., restrita inicialmente à figura do “*iudicatus*” (réu condenado na “*actio iudicati*”), mas depois estendida ao “*confessus in iure*” e ao “*indefensus*”.

A “*uenditio bonorum*” se iniciava com o requerimento, dirigido ao pretor por um dos credores insatisfeitos, para a imissão na posse dos bens do réu. A imissão era então concedida por um “*decretum*”, em caráter provisório, a fim de que os bens fossem conservados e preservados de qualquer dilapidação (“*missio in bona rei seruandae causa*”)⁴³⁴. Tais bens seriam administrados por um dos credores, dito “*curator bonorum*” ou “*curator bonis seruanda et administrandis*”, a quem cabia tornar pública a imissão, mediante editais (“*proscriptiones*”). Os demais credores, tomando conhecimento da “*uenditio*”, podiam ser admitidos na execução. Amigos do réu podiam, ademais, quitar a dívida em favor dele (originando-se aqui o instituto da *remição*). Não o fazendo, e passados trinta dias (se vivo o réu) ou quinze dias (se morto o réu), o pretor proferia um segundo “*decretum*”, pelo qual os credores eram instados a se reunirem e escolherem o “*magister bonorum*”, que procederia à venda em leilão dos bens imitados (era a “*bonorum uenditio*” — Gaio, *Institutas*, III, 79). No leilão, os bens do réu seriam vendidos, em conjunto, ao licitante (“*emptor bonorum*”) que oferecesse o lance mais elevado. O “*emptor bonorum*” sucedia ao réu, “*iure honorario*”, em todos os seus bens e créditos, além de certas dívidas. Sobre os bens arrematados, adquiria a chamada *propriedade pretoriana*, inclusiva com

⁴³³ Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.133.

⁴³⁴ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.390-391.

direito a “*interdictum possessorium*” em face de terceiros. Serviam-lhe ainda algumas “*actiones utiles*” (*infra*, VIII), por intermédio das quais podia exercer todos os direitos inerentes ao réu-devedor (“*actio Rutiliana*”, “*actio Serviana*”)⁴³⁵. Já o valor arrecadado seria dividido entre todos os credores, mas com benefício de classe em favor dos privilegiados (*e.g.*, os hipotecários), que recebiam antes dos quirografários.

A despeito da sentida humanização dos procedimentos executivos, havia ainda excessos notórios para a sensibilidade moderna. A uma, pesava sobre o executado a pesada **pena de infâmia**, com efeitos símiles à morte civil, tornado que era um “*fraudator*”, desde que não satisfizesse a obrigação no trintídio do “*tempus iudicati*”. Além disso, a execução era sempre **universal**: incidia sobre a totalidade do patrimônio do réu, ainda que a sua dívida fosse menor que isso.

Para contornar o primeiro excesso — e os riscos ainda maiores de execuções pessoais (*supra*) —, as *lege Iuliae Iudiciariae* introduziram a figura da “*cessio bonorum*”, pela qual o réu colocava voluntariamente à disposição de seus credores, à maneira de cessão, todos os bens de seu patrimônio. Para evitar a infâmia, teria de fazê-lo antes da “*missio in possessionem*”, porque, se já consumada a imissão, restar-lhe-ia apenas a opção de pagar a dívida nos trinta dias subsequentes.

Para contornar o segundo excesso (universalidade das execuções), criou-se, no século II a.C., o instituto da “*distractio bonorum*”, pela qual se vendia ao ofertante mais pródigo um certo número de bens suficiente à satisfação dos débitos pendentes (e não mais a totalidade). Nos primórdios, a “*distractio bonorum*” favorecia apenas incapazes, ocupantes de cargos públicos e ausentes a serviço de Roma (era basicamente um privilégio processual de classes); ulteriormente, foi estendida a todos os cidadãos⁴³⁶.

VIII. De outra parte, para os ultteriores empregos desta obra, será especialmente importante reconhecer os primeiros quadros de **inflexões formais** do processo civil

⁴³⁵ *Idem*, p.399.

⁴³⁶ Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.136.

romano, ainda no contexto do processo formulário, por obra e graça da magistratura pretoriana⁴³⁷. Antecipamo-los já em parte, quando cuidamos das exceções de forma introduzidas pelas “*iudicia bonae fidei*”. Outra manifestação proeminente pode ser descoberta na própria ampliação instrumental dos poderes dos magistrados. Vejamos.

Quanto aos poderes que se atribuíam ao “*iudex*” para a decisão do litígio, MOREIRA ALVES classificou a “*actio*” romana em três categorias fundamentais: as *ações de direito estrito* (“*iudicia strictiuris*”), as *ações arbitrárias* (“*actiones arbitrariae*”) e as já referidas *ações de boa-fé* (“*iudicia bonae fidei*”)⁴³⁸. As ações de direito estrito, sobretudo prevalentes nos primeiros tempos do sistema formulário, limitavam a discricção e os poderes do “*iudex*”, que estava adstrito à verificação da veracidade ou inveracidade das pretensões do autor, tais como narradas na “*intentio*”, sem levar em conta quaisquer outras circunstâncias. Dir-se-ia, em terminologia hermenêutica contemporânea, que o raciocínio do “*iudex*” havia de se limitar à mera *subsunção*. Assim era com a “*actio ex stipulatu*” (decorrente da “*stipulatio*”⁴³⁹) e com a “*actio ex testamento*”, por exemplo. As ações arbitrárias, por sua vez, davam origem à chamada “*formula arbitraria*”, dotada de cláusula especial que impunha ao “*iudex*” convidar o réu a restituir a coisa ao autor, no estado em que se encontrasse ao tempo da “*litis contestatio*”, antes de condená-lo propriamente⁴⁴⁰. Quebrava-se, na prática, a rigidez formal dos provimentos judiciais no processo formulário, que só admitiam condenações em dinheiro (*supra*, I), mesmo quando a pretensão do autor fosse a de reaver coisa determinada. Se o réu acaso não devolvesse o bem, seria condenado

⁴³⁷ “O pretor, procurando adequar o ordenamento jurídico aos novos valores sociais da época clássica, criou um direito mais moderno e eficiente que o ius civile antigo que, a fim de se tornar efetivo, necessitava de **meios processuais adequados** que permitissem a sua atuação” (Maria Cristina da Silva Carmignani, *A origem romana da tutela antecipada*, São Paulo, LTr, 2001, p.18 — g.n.).

⁴³⁸ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.291-293.

⁴³⁹ Contrato verbal de natureza originalmente abstrata, pelo qual se conferia eficácia obrigacional a qualquer espécie de “*conuentio*”, mediante simples solenidade oral que compreendia o emprego do verbo *spondere* (“*spondes? spondeo*”) ou, posteriormente, de outras expressões mais específicas (“*dabis? dabo*”; “*promittis? promitto*”; “*fidepromittis? fidepromitto*”; e assim por diante). Graças à “*stipulatio*”, os romanos não se ressentiram da inexistência de uma tipicidade contratual rígida, donde ser, no juízo de MOREIRA ALVES, “o mais importante dos contratos do direito romano” (Moreira Alves, *Direito Romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, v. II, pp.158-159).

⁴⁴⁰ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.335-340; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.291-292. As cláusulas arbitrárias eram redigidas com locuções muito características, como “*neque is fundus [...] restituetur*” (“se esse imóvel não for restituído a [...]”), ou “*neque ea res arbitrio tuo restituetur (exhibebitur)*” — donde o nome de **cláusula arbitrária**. Dir-se-ia, por isso, que o “*arbitrium*” a dar nome à ação seria aquele do próprio do réu, não o do juiz; em sentido contrário, porém, esclarecendo que a condição formulária inclusive fazia do “*iudex*” um “*arbiter*”, cf. Kaser, *op.cit.*, p.337.

a pagar ao autor o valor atribuído por este àquela coisa, mediante juramento solene. Enfim, nas “*iudicia bonae fidei*” — que mais de perto nos interessam —, o “*iudex*” tinha amplos poderes para apreciar os fatos e decidir o litígio, pois a fórmula determinava que julgasse “*ex fide bona*” (de acordo com a boa-fé). Na dicção de MOREIRA ALVES,

“Essa liberdade de apreciação do *iudex* se traduz, principalmente, nos seguintes poderes:

“a) o de levar em consideração o dolo de um dos litigantes, ainda que o réu não tenha inserido, na fórmula, a *exceptio doli*, ou ainda que o autor, ao invés de agir mediante a *actio doli* [...], se utilize da ação que protege a relação jurídica objeto do litígio;

“b) o de fazer, ao determinar o valor da condenação, a compensação dos créditos e débitos existentes entre autor e réu, desde que decorrentes da mesma causa (*ex eadem causae*); e

“c) o de incluir, na condenação, o valor dos frutos e dos juros (não convencionados), que se computam não só no período de mora, mas também a partir da *litis contestatio*”⁴⁴¹.

Constata-se, pois, que as “*iudicia bonae fidei*” permitiam ao juiz *flexibilizar* regras e princípios inerentes ao próprio sistema formulário, como a *estrita adstrição à fórmula* (gênese do princípio da correlação — *supra*, I) e a *abstração quantitativa* (*supra*, VI), à mercê de valores outros — genericamente identificados com a expressão “*bona fides*” —, como a *honestidade* (nos casos de dolo) e a *justiça da decisão* (nos casos de compensações e dos juros não convencionados). Não será errado afirmar que, no direito clássico, as “*iudicia bonae fidei*” serviram para depurar o sistema formulário — ao menos setorialmente — dos principais entraves formais que houvera herdado do sistema das “*legis actiones*” (*supra*, VI). Daí entendermos que, em retrospectiva histórica, as ações de boa-fé consubstanciam, no processo civil romano, o precedente mais bem acabado do que estamos a designar, aqui, como **inflexões do devido processo legal formal ou procedimental** (*supra*, §2º, III, “ζ”).

E, tal como anotávamos *supra* (tópico 1.2, n. IV), tais inflexões não se circunscrevem à atividade jurisdicional. Também em Roma, não se limitaram à jurisdição “*ex fide bona*”. Ali tiveram origem, mas se espalharam para o modelo-padrão e para o

⁴⁴¹ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.292.

próprio “*ius civile*” (fenômeno a que equivaleria, nos dias de hoje, a *assimilação legal-positiva* das hipóteses judiciais de inflexão, ante o grau de institucionalidade que a lei confere aos procedimentos). Assim, ainda no direito clássico, por obra dos sabinianos, as diferenças entre as ações de direito estrito e as ações de boa-fé foram se diluindo, pela assimilação dos seguintes princípios na disciplina das “*iudicia strictiuris*”: (i) cômputo de juros não convencionados a partir da “*litis contestatio*”; (ii) absolvição do réu que satisfizesse a pretensão do autor antes da sentença, mas após a “*litis contestatio*” (princípio do “*omnia iudicia absolutoria sunt*”, revertendo a disciplina anterior de julgamento da lide conforme a situação de fato no momento histórico da “*litis contestatio*” — *supra*, VII, “ii”); (iii) alargamento dos poderes gerais do “*iudex*” com a simples aposição, na fórmula, da cláusula de “*exceptio doli*”⁴⁴².

As ações de boa-fé existiam em número bem limitado, que variou no curso dos anos. Os romanistas elencam, entre as principais do sistema formulário, a “*iudicia empti uenditi*”, a “*iudicia locati conductio*”, a “*iudicia negotiorum gestorum*”, a “*iudicia mandati*”, a “*iudicia depositi*”, a “*iudicia fiduciae*” e a “*iudicia pro socio*”⁴⁴³. Debate-se, ademais, se as “*actiones in bonum et aequum conceptae*” — cuja fórmula conferia ao “*iudex*” poderes para fixar por equidade o valor da condenação (como na “*actio funeraria*”, na “*actio sepulchri uiolati*”, na “*actio iniuriarum*”, na “*actio aestimatoria*” e provavelmente na “*actio furti manifesti*”) — eram ou não uma categoria distinta das próprias “*iudicia bonae fidae*”. Seguindo a linha de argumentação da Tese (*supra*, §2º), tendemos a crer que *não*, pois tanto as “*iudicia boane fidei*” como as “*actiones in bonum et aequum conceptae*” atendem à mesma função social de flexibilização do rigor formal do sistema formulário (abstração quantitativa “*ex formula*”). Mas a discussão não tem maior interesse para as conclusões deste estudo.

Diga-se algo, enfim, sobre a ampliação dos poderes dos pretores e magistrados no sistema formulário, em especial por conta das “*actiones in factum*”, das “*actiones utilis*” e dos “*interdicta*”.

⁴⁴² *Idem*, p.293.

⁴⁴³ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp153-158; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.292-293.

Os textos clássicos distinguiram entre as “*actiones directae*” e as “*actiones utilis*”, sendo aquelas as “*actiones in ius*” (i.e., ações cuja “*intentio*” se baseava em normas do “*ius civile*” ou do “*ius honorarium*” — cf., *supra*, nota n. 370) ou as “*actiones in factum*” (cf., *supra*, nota n. 385) que se destinavam a tutelar diretamente certas relações jurídicas. Já as “*actiones utilis*” eram sempre **pretorianas**, admitidas pelo magistrado, por extensão (“*utilitatis causa*”), para proteger situações ou estados que, sem tal extensão, não admitiriam tutela por “*actiones directae*”. Assim, no exemplo de MOREIRA ALVES, a “*actio ex lege Aquilia*” (ação indenitária) só se concedia, pelo “*ius civile*”, ao proprietário da coisa danificada; mas, por uma “*actio utilis*”, os pretores estenderam a mesma proteção aos usufrutuários⁴⁴⁴. Eram “*actiones utiles*” tanto as *ações fictícias* (“*actiones ficticiae*”) — cuja fórmula determinava ao “*iudex*” julgar a questão supondo existente uma circunstância não havida (mas que, se houvesse, ensejaria proteção por “*actiones ciuiles*”) —⁴⁴⁵ — como as *ações com transposição de sujeito* — que apresentavam o nome de uma pessoa na “*intentio*” e o de outra na “*condemnatio*”, como se dava nos casos da representação em juízo, na “*uenditio bonorum*” (*supra*, VII) e nas “*actiones adiecticiae qualitatis*” (destinadas a satisfazer as obrigações “*iure honorario*” nascidas para o “*pater familias*” em razão de negócios celebrados por escravos ou filhos seus). Assim, é acertado dizer que, tanto nas “*actiones in factum*” — já o dissemos — como nas “*actiones utiles*”, o magistrado **construía** ou **adaptava** a tutela jurídica processual para situações ou relações jurídicas não sancionadas pelo “*ius civile*” ou pelo próprio “*ius honorarium*”. **Inovava a função jurisdicional**, conferindo à jurisdição uma **plasticidade** que o “*ius civile*” — das leis e costumes — não outorgava. Em última análise, **infletia** o “devido processo” do “*ius civile*”, ainda adstrito à tipicidade funcional. Por isso se dizia, acima, que um dos traços característicos do processo formulário fora o maior raio de atuação dos magistrados judiciais, tanto no mundo da vida (i.e., no mundo das pretensões de direito material) como no próprio curso dos processos (limitando o “*iudex*” pela fórmula e o instando-o a observá-la).

⁴⁴⁴ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.290, nota n. 458.

⁴⁴⁵ Caso da “*actio Publiciana*”, cuja fórmula dizia: “*Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emite t si ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iur Quiritium eius esse oporteret [...]*” (“*Seja juiz. Se, supondo que Aulo Agério tenha possuído por um ano o escravo que comprou e que lhe foi entregue, esse escravo, objeto desta ação, fosse se pelo direito dos Quirites [...]*”). Era a ação possessória concedida ao possuidor de boa-fé antes de adquirir, sobre a coisa, propriedade por usucapião. Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.288.

Havia, ademais, os *interditos*, considerados *meios complementares de tutela pretoriana* (no sistema formulário⁴⁴⁶), por não observarem estritamente o “*ordo iudiciorum priuatorum*” (*supra*, tópicos 7.3.2, I, e 7.3.3, I); afinal, dispensavam a presença das partes perante o “*iudex*”. Os “*interdicta*” eram ordens judiciais orais de imediato cumprimento, dimanadas pelo pretor (ou pelo governador da província), sempre a pedido de um dos litigantes (a “*postulatio interdicti*”, deduzida oralmente pelo interessado). Pelos “*interdicta*”, os pretores podiam tutelar, com a urgência necessária, *situações de fato* que lhe parecessem justas, escorando-se tão só nas alegações do litigante requerente da ordem, desde que as supusesse verdadeiras (= *juízo de verossimilhança*). Não recolhiam fundamento direto no “*ius civile*” (donde serem os procedimentos interditais, por si mesmos, **mecanismos de inflexão típico-formal do processo romano formulário**).

Entendendo infundado o pleito, o magistrado denegaria a ordem (“*denegare interdictum*”); do contrário, expediria um comando escrito (“*formula interdicti*”) dirigido ao requerido. Tal comando, porém, era *condicional*, já que o requerido podia desobedecê-lo, caso em que só haveria sanção em processo próprio, já sob o regime do “*ordo iudiciorum priuatorum*”, no qual se provassem verazes as alegações do requerente (*infra*). Os interditos podiam ser proibitórios (que eram “*duplicia*” e têm maior antiguidade), restitutórios ou exibitórios. Nos primeiros, emanava-se propriamente os “*interdicta*”, enquanto nos dois últimos a exibição ou restituição era determinada por “*decreta*”; mas GAIO preferiu denominá-los todos como *interditos* (*Institutas*, IV, 139). No período clássico, as situações de fato tuteláveis por interditos foram previstas no edito, sendo numerosas as suas hipóteses (que sequer se atinham à tutela estritamente patrimonial, como se dá, hoje, com os interditos possessórios; era possível, p. ex., reaver o “*filius familias*” ou a mulher “*in manu*” em poder de um terceiro). Mas os interditos não decidiam definitivamente o litígio; cingiam-se a *tutelar provisoriamente um “status quo”*, sob o pressuposto de serem verdadeiras as circunstâncias alegadas pelo requerente. Antecedem

⁴⁴⁶ Os interditos foram particularmente importantes no processo formulário, razão pela qual são amiúde relacionados a ele. Mantivemos essa tradição no texto principal, examinando-os no tópico 7.3.3 e não no tópico 7.2.2. Mas os romanistas de hoje admitem, em maioria, que as “*interdicta*” já existiam no sistema das “*legis actiones*”. Nesse sentido, cf., por todos, Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, pp.224-225 (situando a origem das “*interdicta*” no final no período das “*legis actiones*”).

historicamente as **tutelas de urgência**, como são, hoje, as medidas cautelares e as tutelas antecipadas ou sumárias de mérito (embora os romanistas entendam, em maioria, que os “*interdicta*” eram medidas de caráter *administrativo*⁴⁴⁷, já que fundados sobretudo no “*imperium*” do pretor: “*magis imperii quam iurisdictionis*”).

Se o prejudicado acatasse a veracidade do pressuposto, o litígio ali se resolvia (o que revela a comunicação entre a jurisdição interdital e o próprio mérito litigioso); do contrário, o prejudicado podia contestá-la, caso em que o pretor delegava ao “*iudex*” a função de deliberar sobre a questão da veracidade ou falsidade dos fatos alegados originalmente. Para essa discussão, volvia-se ao “*ordo iudiciorum priuatorum*”, havendo dois caminhos: o processo “*per sponsionem*” (ou “*cum poena*”) — exercitável no lapso de um ano após a concessão do interdito, com previsão de pena para o litigante temerário, se se revelassem inverídicos os fatos alegados ao pretor, ou para o litigante desobediente, se tais fatos fossem verídicos⁴⁴⁸ — e o processo “*per formulam arbitriam*” — mais recente, imediato e simples, restrito aos interditos restitutórios e exhibitórios, pelo qual se redigia uma “*formula in factum concepta*” (*supra*), sem referência a fundamentos normativos, para mera aferição de verdade factual (com fixação de quantia estimada por juramento, a ser suportada pelo réu, caso os fatos da “*intentio*” fossem verdadeiros e o réu se recusasse a

⁴⁴⁷ Cf. Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.113. De nossa parte, pensamos — com CARMIGNANI (*A origem...*, pp.16-17 e 35-38) — que havia mesmo **exercício de jurisdição** (em acepção moderna), baseada na “*aequitas*” (e não no “*ius civile*”); mas uma jurisdição de tipo especial: jurisdição de **urgência**, sob **cognição sumária**, a ser depois aprofundada no “*ordo iudiciorum priuatorum*”, se o caso. Por isso, CARMIGNANI reconhece no procedimento interdital do sistema formulário a possível *origem histórica* das tutelas judiciais antecipadas contemporâneas (a exemplo do artigo 273 do CPC brasileiro). Afinal — diz a autora —, “*nos interditos, o pretor entrava no mérito da controvérsia, mas não com o intuito de organizá-la, como ocorria na actio, mas, sim, de decidi-la, o que exorbitava a iurisdictio romana, entrando no campo das atividades inerentes ao poder de imperium*” (*op.cit.*, p.33). Veja-se ainda, *infra*, tópico 7.4 (I, 1.4).

⁴⁴⁸ No processo “*per sponsionem*”, havia *três fórmulas* (uma para cada uma das *três promessas* inerentes ao rito): a da pena pecuniária que seria paga pelo litigante desobediente, se fossem provados os fatos na base da tutela interdital (promessa firmada por quem já houvera desrespeitado a ordem pretoriana, mediante o instituto da “*sponsio*”, donde a própria denominação do rito); a da pena pecuniária que seria paga pelo litigante temerário se se provasse o contrário (promessa reversa, firmada pelo requerente do “*interdictum*”, mediante “*restipulatio*”); e uma terceira promessa — dita “*iudicium secutorium*” — pela qual o réu se comprometia a pagar outra indenização ao autor, se esse último provasse ter o primeiro desrespeitado novamente o interdito (a menos que o réu então optasse pelo cumprimento integral e voluntário da própria ordem interdital). Ao final, o “*iudex*” pronunciaria *três sentenças*, uma para cada fórmula.

cumprir o interdito)⁴⁴⁹. Mesmo na tutela interdital não havia possibilidade de cumprimento de ordem “*manu militari*”, como ocorre nos dias de hoje⁴⁵⁰.

Nos interditos, uma pretensão material privada (como aquelas ligadas à posse) deflagrava um tipo de proteção inerente à manutenção da própria *ordem pública*, debelando-se perturbações que a sensibilizavam. Daí se compreender, hoje, que “*o interesse a ser resguardado por meio dos interdicta era predominantemente público, porquanto, ao pretor incumbia, dentre outros encargos, a administração da res publica*”⁴⁵¹. Aqui reside a **segunda inflexão** a ressaltar, agora ligada antes à *promiscuidade* (dir-se-á melhor *fungibilidade*) das tutelas processuais que, propriamente, à flexibilização de normas de tipo, rito e cabimento. Conquanto os “*interdicta*” exsurgissem de pretensões privadas, serviam (também) à consecução de *finalidades públicas*. Reconheceu-se, talvez pela primeira vez, que **o processo havia de atender a um plexo variável de interesses e/ou valores** — muitos dos quais não esgrimidos em razões ou argumentos (o aspecto juspublicístico era ignorado até mesmo nas “*formulae*” que se redigiam nos processos pós-interditais) —, **independentemente da natureza da pretensão original**. Essa informação será útil quando se cogitar, adiante, das interações entre “*substantive due process*” e “*procedural due process*” (*infra*, capítulo 4).

IX. O processo penal, por sua vez, foi intensamente influenciado pelos procedimentos civis, assimilando características que, hoje, dir-se-ia estarem estreitamente ligadas ao *princípio dispositivo* (conquanto historicamente prevaleça, no processo penal contemporâneo, o *princípio do impulso oficial*, assim como outros, tributários da primazia do interesse público, que privilegiam a iniciativa “*ex officio*” dos órgãos do Estado).

⁴⁴⁹ Sobre todo o processo interdital, cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.408-421; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.295-298; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.111-116. Para as fontes, ver Gaio, *Institutas*, IV, 138 a 170 (o n. 139 trata dos processos “*per sponsionem*” e “*per formulam arbitriam*”).

⁴⁵⁰ Logo, é razoável especular que a possibilidade da execução de sentenças com emprego de força pública, surgida no sistema da “*cognitio extraordinaria*” (*infra*), deva-se sobretudo a uma **alteração de percepção** acerca da natureza e das finalidades do processo judicial (o que inclui a sua dimensão de **efetividade**), mais que ao mero fato de o magistrado prolator da sentença ser sempre um funcionário de Roma, “representante do Estado”, como sugere MOREIRA ALVES (*Direito Romano*, v. I, p.305); afinal, ainda no sistema formulário, o “*decisum*” interdital era necessariamente proferido pelo pretor, sem a intervenção de árbitros privados (a ponto de se supô-la *administrativa* e não *jurisdicional*, como visto); e, nada obstante, negava-se-lhe a possibilidade de cumprimento “*manu militari*”.

⁴⁵¹ Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.112.

Assim é que, provavelmente a partir da metade do século II a.C. (coincidindo com a transição, no processo civil, para o sistema formulário), Roma se convenceu de sua inaptidão para proporcionar, de modo universal e sempre por sua própria iniciativa, a proteção jurídico-penal dos cidadãos e das outras pessoas perante os tribunais romanos⁴⁵². Daí, a tutela processual penal passou a ser relegada, em variegados casos, à iniciativa dos indivíduos sedizentes ofendidos, que apresentavam suas queixas às cortes criminais — as “*quaestiones perpetuae*” ou “*iudicia publica*” —, cuja estrutura se aproximou cada vez mais dos tribunais que proviam a jurisdição civil (distanciando-se, pois, das “*iudicia populi*” criminais dos primeiros tempos). Nada obstante, mantiveram-se os casos em que as cortes penais somente podiam ser provocadas por certos cidadãos (o “*accusator*”, que funcionava como representante da comunidade⁴⁵³) e não pela parte diretamente interessada, o que perpetuava, ao menos nessa parte, a identidade entre a jurisdição criminal e o “*ius publicum*” (processo penal como atividade eminentemente estatal). E, da mesma forma, ainda nos tempos de CÍCERO — diversamente do que se passou no processo civil —, o novo sistema das “*quaestiones perpetuae*” ainda convivía com reminiscências do sistema das “*iudicia populi*”⁴⁵⁴, embora não sem reformas. Como assevera MOMMSEN,

“a nova forma de processar que se introduziu com as *quaestiones* permanentes não limitou tampouco, nos seus começos, a esfera de ação do tribunal do povo. O que melhor fez a aristocracia partidária das reformas, e à frente dela o jovem Africano, poucos anos antes da aparição dos Gracos, foi pedir e obter a **introdução do voto secreto** [...], para desse modo dar verdadeira eficácia ao tribunal do povo; havia, pois, então e ainda, uma poderosa alavanca política [os tribunais do povo], e os que anelavam reformas não pensavam em suprimi-la, mas em fortalecê-la”⁴⁵⁵.

Nada obstante, apesar da relativa *fusão* de princípios do processo civil e do processo penal em certos departamentos da jurisdição romana ao tempo do processo formulário, já se haviam alinhado, no final da república, sinais externos nítidos o bastante para fazer distinguir, com segurança, a *ação civil* da *persecução penal* (aliás, em termos bem

⁴⁵² Greenidge, *The Legal Procedure...*, p.10.

⁴⁵³ Cf. Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.451.

⁴⁵⁴ Greenidge, *The Legal Procedure...*, p.10.

⁴⁵⁵ Cf. Theodor Mommsen, *Derecho penal romano*, p.121 (g.n.).

semelhantes àqueles que o direito processual contemporâneo desenvolveu). GREENIDGE discriminou esses sinais:

(a) no processo civil romano, a ação jamais coube a Roma, senão quando lhe tocava algum interesse econômico direto (qual parte privada); já a persecução penal podia ser iniciada por qualquer cidadão (com certas limitações em razão da idade, do sexo, da classe ou do caráter), mas, a partir da instauração do procedimento, incumbia ao magistrado judicial — que personificava o Estado — tanto o papel de acusador como o de juiz (papéis que foram se diferenciando paulatinamente, até a completa distinção no tempo das “*quaestiones perpetuae*”, com os procedimentos penais privados⁴⁵⁶ e a consolidação da figura do “*accusator*”);

(b) no processo civil romano, a satisfação proporcionada pela sentença destinava-se ao *autor*, cidadão romano ou estrangeiro, sendo *incidental* eventual proveito do Estado (como, *e.g.*, o “*sacramentum*” na “*actio sacramenti*”); já no processo penal, a satisfação era infligida pelo Estado e a ele se destinava, tanto em termos materiais (nas multas) como em termos éticos, embora alguns particulares pudessem, no mesmo ensejo, obter compensações por danos, mesmo em delitos mais graves (*e.g.*, nos casos de extorsão e peculato)⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ *Idem*, pp.122-128 e também pp.558-559: “*El derecho penal privado o, mejor dicho, porque acaso es preferible llamarlo así, el juicio penal a instancia de parte, no partía de fundamentos religiosos, y estribaba más bien en el derecho de venganza, es decir, en la facultad que correspondía a la víctima de una injusticia para ejercer el propio auxilio contra el autor de la misma. El magistrado desempeñaba en estos casos el papel de mediador entre las partes encontradas. [...] En los tiempos posteriores quedaron abolidos completamente la venganza y el propio auxilio, y todo delito privado daba lugar a una compensación o pago, fijado por un órgano de la comunidad, y que el lesionado tenía la obligación de recibir*”.

⁴⁵⁷ Greenidge, *The Legal Procedure...*, pp.11-12. A observação final — relativa aos processos de extorsão e peculato no final da república — não tem o condão de *desnaturar* a natureza penal dos procedimentos; na verdade, ainda hoje — e recomenda o **princípio da economia processual** que seja assim — os processos penais podem ter *efeitos civis diretos*, como de há muito se observa no Direito Penal italiano (*Codice Penale*, artigos 189 a 197) e como hoje já se vê, amiúde, em diversas legislações (no Brasil, *e.g.*, vejam-se o artigo 45, §1º, do Código Penal — a *prestação pecuniária* que reverte para a vítima e seus dependentes, antecipando parcialmente a respectiva reparação civil — e o artigo 297 da Lei n. 9503/97 — a *multa reparatória* que é paga em favor da vítima ou de seus sucessores nos delitos de trânsito). Aliás, não por outra razão, já tivemos ocasião de identificar, como tendência do Direito Penal contemporâneo, a chamada **sanção penal reparadora** (G. G. Feliciano, *Teoria...*, pp.533 e ss.). Veja-se, ademais, o que se registrou na nota anterior, a partir de MOMMSEN, sobre o chamado “direito penal privado”, que terminou *privilegiando* as compensações ou pagamentos em favor do ofendido.

Essas características resistiram, com poucas alterações, até a morte de JUSTINIANO, em 565 d.C., que marca o início da derrocada do império romano.

7.3.4. SISTEMA DA “*COGNITIO EXTRAORDINARIA*”

I. O chamado “processo extraordinário” surgiu, em Roma, para dirimir questões de natureza policial e administrativa. Ao cabo, culminou promovendo a ruptura da processualística romana face ao regime da “*ordo iudiciorum privatorum*”, que houvera prevalecido nos dois sistemas anteriores.

É que, na solução de matérias alheias à jurisdição cível, os magistrados não observavam as regras da “*ordo iudiciorum privatorum*”: simplesmente mandavam citar a pessoa contra quem alguém se queixara, para que comparecesse à sua presença; ausente, ainda assim conheciam do litígio e o decidiam, sem a elaboração de fórmulas e sem a nomeação de “*iudex*” privado. Nessa seara, os magistrados terminavam por aliar, ao tradicional exercício do “*imperium*”, a cognição do “*thema probandum*” (i.e., o “*cognoscere*”⁴⁵⁸) e o próprio manejo do arcabouço jurídico decisório (ambas reservadas, na “*ordo iudiciorum privatorum*”, aos juízes privados)⁴⁵⁹; e, para dirimir as questões de ordem administrativa ou policial a eles submetidas, podiam se valer de todos os meios disponíveis (inclusive os de coerção). Daí a expressão “*cognitio extraordinaria*”: esse processo, que depois alcançaria toda sorte de pretensões dedutíveis em juízo, era de feição “*extra ordinem iudiciorum priuatorum*”. Mas, já a partir do principado (27 a.C.), passou a ser aplicado à solução de conflitos subordinados à jurisdição civil (inicialmente para a tutela de direitos criados por constituições imperiais — que constituíam o “*ius extraordinarium*” — e, depois, para quaisquer litígios que pudessem afetar a ordem social).

⁴⁵⁸ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.447.

⁴⁵⁹ “Com a gradativa oficialização das instituições processuais, em consequência da consolidação da *cognitio extraordinaria*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas (*cognoscere*) e proferir a sentença, a qual, pela primeira vez na história do processo civil romano, não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano: *ex auctoritate principis*” (Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.140). Por isso mesmo, “o novel regime reservado ao processo, pelo inequívoco cunho publicístico que passa a ostentar, apresenta-se como uma verdadeira ruptura com o tradicional sistema do *ordo iudiciorum privatorum*” (*idem, ibidem*), como afirmamos de início.

Nesse mesmo período, a atividade legislativa dos comícios e do senado foi substituída pela do “*princeps*”, o que significou a unificação das fontes materiais de direito e a concentração da autoridade estatal em todos os níveis. Ademais, o processo extraordinário fora privilegiado nas províncias romanas (especialmente no Egito), generalizando-se a partir do século I d.C., seja pelo seu tipo de organização política, seja pela inaplicabilidade do “*iudicium legitimum*” nessas paragens (*supra*, nota n. 370), tornando impopular o regime oficial da “*ordo privatorum*”. No início da era cristã, o Império Romano já convivía com dois sistemas processuais igualmente importantes, o formulário (comum) e o extraordinário (não comum). Com o tempo, a relevância e a amplitude do processo “*extra ordinem*” sobrepujou o próprio sistema formulário, alçando foros de “ordinariedade” (sem, contudo, perder a sua denominação original de “*cognitio extra ordinem*” — que, na verdade, aparece apenas quatro vezes no Digesto); e, já no século III, o processo formulário houvera desaparecido, por desuso, sem qualquer ato legislativo conhecido a estatuir a sua proscrição formal⁴⁶⁰.

Importa registrar, por fim, que, em termos cronológicos, o processo extraordinário começa ainda no tempo do principado (a partir de 27 a.C.) e termina com a queda de Constantinopla, em 1453 (que marca o ocaso do direito justinianeu como sistema jurídico oficial — a despeito de sua longa sobrevida no plano cultural, inclusive por força da aplicação do princípio da personalidade, logo após as invasões germânicas⁴⁶¹). Assim, fixando-se convencionalmente em 476 (século V) — com a deposição de ROMULUS AUGUSTUS e o queda do Império Romano do Ocidente — o fim da Antiguidade, é certo que o sistema da “*cognitio extraordinaria*” teve gênese na Idade Antiga e expirou já durante a Idade Média. Entretanto, por razões metodológicas evidentes, será integralmente examinado neste § 7º, dedicado ao processo antigo.

II. No campo das garantias processuais, a generalização do processo “*extra ordinem*” trouxe basicamente dois contributos: (a) o incremento da *celeridade processual* (na medida em que já não havia duas instâncias — “*in iure*” e “*apud iudicem*” —, mas

⁴⁶⁰ Sobre a evolução da “*cognitio extraordinaria*”, cf. Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.435-445; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.302-304; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.137-139.

⁴⁶¹ Cf., *infra*, o tópico 8.1.1, III.

uma única, sempre perante o magistrado-juiz⁴⁶², que podia ser o monarca, o governador ou um delegado da autoridade, dito “*iudex datus*” ou “*iudex pedaneus*”), assimilado socialmente como um bem; **(b)** a *recorribilidade das decisões*, com a estratificação da magistratura em níveis hierárquicos consecutivos⁴⁶³. Como visto alhures, nos sistemas anteriores a decisão do “*iudex*” era formalmente irrecorrível (embora houvesse, no processo formulário, mecanismos para reformá-la indiretamente, como a “*intercessio*” e a “*revocatio in duplum*” — *supra*, tópico 7.3.3, VI). Isso muda na “*cognitio extraordinaria*”, inaugurando-se a noção de que a possibilidade de revisão dos julgados compõe um atributo geral de cidadania (mas não uma “garantia”, como se dirá). O problema será, sempre, *dimensionar* a envergadura do possível.

Por outro lado, o processo ganhou **maior flexibilidade interna**, especialmente em razão do novo universo deliberatório aberto ao magistrado, que já não se media pela fórmula, mas sobretudo pelo direito objetivo (*infra*). Mas, em contrapartida, **a jurisdição perdeu parte de sua plasticidade externa**, na medida em que, diversamente do quanto visto no sistema formulário (*supra*, tópico 7.3.3, VIII), os magistrados estatais já não podiam criar ações para tutelar interesses não alcançados pelo direito objetivo (“*ius civile*” ou “*ius honorarium*”)⁴⁶⁴. Paralisou-se, com isso, um importante mecanismo de inflexão, que a prática institucional se viu obrigada a substituir. Para tanto, em algumas questões não contempladas pelo “*ius civile*” ou pelo “*ius honorarium*” (*e.g.*, fideicomisso e alimentos entre consanguíneos), os tribunais passaram a julgar criativamente, firmando “*ex novo*” o direito aplicável ao caso, por meio dos “*decreta*” que proferia; afinal, tais “*decreta*” se incluíam entre as “*constitutiones principis*” e, nessa condição, podiam funcionar como fontes formais de direito⁴⁶⁵. A **função criativa da jurisprudência**, antes sediada no plano

⁴⁶² Mercê dessa confusão de papéis, doravante referiremos “juiz” e “magistrado” com propósito de sinonímia.

⁴⁶³ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.304; Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.141-142.

⁴⁶⁴ Sendo certo que, mesmo na “*cognitio extraordinaria*”, “*persistiu o princípio — à diferença do que sucede no processo moderno — de que essa faculdade [de requerer ao Estado a prestação jurisdicional] só existe quando há uma ação específica para proteger determinada situação*”. Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp. 305 e 321 (*g.n.*).

⁴⁶⁵ Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.140. Como adverte MOREIRA ALVES, a expressão “*constitutiones principis*” não designava “*um ato formal do princeps para criar direito, mas qualquer ato dele emanado, e que eram fonte de direito quando continham um novo preceito jurídico*” (*Direito Romano*, v. I, p.43). Eram de tal ordem, em especial, os “*edicta*” (editos), os “*mandata*” (mandatos), os “*rescripta*” (restritos) e os referidos “*decreta*” (decretos), assim entendidas as “*sentenças prolatadas pelo príncipe em litígios a eles submetidos em primeira instância ou em grau de recurso*” (*idem*, p.44).

da instrumentalidade processual (“*actiones in factum*”, “*actiones utiles*”), migrou para o plano genético-material (direito objetivo)⁴⁶⁶, não raro sob o pálio da “*aequitas*” (*infra*, tópico 7.4), em movimento que prenunciou as atuais interações entre *devido processo formal* e *devido processo substancial*, tão necessárias para a realização da *ordem jurídica justa* (*infra*, capítulo 4). Percebia-se incipientemente que, havendo lide (em acepção sociológica), deveria haver solução oficial possível. Pode-se reconhecer, nesse movimento, o primeiro indício histórico mais veemente de reconhecimento da **inafastabilidade da jurisdição**⁴⁶⁷ como grandeza sociojurídica imanente às sociedades complexas, inicialmente garantida pela plasticidade dos meios (no sistema formulário) e, mais tarde (no sistema “*extra ordinem*”), pelo “*ius novum*” dos tribunais (tornada a jurisprudência, oficialmente, uma das *fontes formais do direito*). Mais: já nesta altura, a inafastabilidade da jurisdição não era uma garantia meramente formal (como hoje é frequentemente pensada, ao modo de mero acesso burocrático aos órgãos judiciais, sem compromisso com a solução do litígio e sem maiores possibilidades “políticas”⁴⁶⁸); era sobretudo uma garantia de **conteúdo** (=

⁴⁶⁶ Aliás, também por isso perde sentido, no processo extraordinário, a classificação relativa às “*actiones bonae fides*” — porque, afinal, a plasticidade já não se encontrava na fórmula (que não mais existia), nem na sua cláusula “*ex fide bona*”, mas nos próprios “*decreta*”. Cf., por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.321.

⁴⁶⁷ Princípio geralmente reconhecido pelas constituições contemporâneas, como, *e.g.*, a alemã (artigo 103, I), a italiana (artigo 24), a portuguesa (artigo 20º) e a brasileira (artigo 5º, XXXV), com redações que transitam entre a positivação do mero **poder de agir em juízo** e consagração do próprio **direito de ação**, que não se confundem (Liebman, *Manual...*, p.150).

⁴⁶⁸ Assim, *e.g.*, em FERREIRA FILHO: “[n]ão se pode desconhecer [...] que essa judicialização afeta a governança. De fato, o desempenho pelo Judiciário de funções políticas em princípio atribuídas a outros Poderes pode levar a uma ‘confusão de poderes’, daninha para a condução das atividades do Estado, por provocar eventualmente o entrelaçamento de orientações diversas” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O papel político do Judiciário e suas implicações”, in *Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, 01.03.2010, n. 2, pp.55-71, disponível em <http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21> — acesso em 06.01.2013; v. também, do mesmo autor, *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp.83 e ss.); ou ainda, com certa confusão, NERY JR.: “Segundo o artigo 5º, XXXV, da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. [...] Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão” (*Princípios...*, p.130). Ora, a garantia de inafastabilidade da jurisdição não pode significar o mero acesso burocrático aos tribunais para deduzir pretensão, i.e., o mero direito à obtenção de *resposta oficial*, ainda que não *meritória*, a *recusar* o direito à solução estatal do conflito (como são, *e.g.*, as sentenças que extinguem o processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido). Noutros termos — para volver à terminologia liebmaniana —, a garantia da inafastabilidade da jurisdição não pode se bastar com o **poder de agir em juízo**, como direito cívico genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, a todos indistintamente assegurado (*Manual...*, p.150). Deve ir além, alcançando o próprio **direito de ação**, como direito subjetivo a um *pronunciamento de mérito* que apenas *excepcionalmente* se poderá denegar (v., *supra*, o tópico 7.3.3, n. V); e, se a demanda posta possuir *dimensões coletivas*, não será impróprio que a sua solução determine reflexos importantes em termos de políticas públicas. Enfim, se há **lide sociológica** em torno de certa pretensão material — ainda que difusa ou não agasalhada pelo direito positivo —, a função jurisdicional deve priorizar a

garantia da **jurisdição plena e justa**, para onde confluem o “*procedural due process*” e o “*substantive due process*”).

Pode-se especular, outrossim, que nesse período tenha se pronunciado, semântica e politicamente, a noção de **independência dos tribunais** (no sentido de *liberdade de convicção*), quando já não havia juízes privados e a magistratura se havia organizado em hierarquias⁴⁶⁹. Sob tais condições, tornadas claras as hipóteses de ingerência entre instâncias (notadamente pela via da “*apellatio*”), quaisquer outras intervenções no convencimento do juiz, endógenas ou exógenas, haviam de ser ilegítimas; apresentavam-se, pois, as condições sociológicas necessárias para se reconhecer a *independência judicial* como uma grandeza sociojurídica digna de referência e proteção. Talvez por isso, ademais, Roma tenha se valido de “*constitutiones principis*” (“*leges*”) para limitar a discricionariedade judicial na apreciação das provas, como se verá adiante; buscava-se, com a lei, legitimar as intervenções desejadas pelo “*princeps*”. Desconhecemos, porém, excertos de fontes aptos a cancelar objetivamente tal especulação.

Na mesma linha, especula-se que radique igualmente no sistema da “*cognitio extraordinaria*” a primeira ideia da **motivação das decisões** como um atributo necessário do processo em contraditório⁴⁷⁰. Isso porque,

“Como as fontes revelam a possibilidade de interpor-se recurso contra a sentença injusta [*infra*], é plausível acreditar que as decisões proferidas na órbita da *cognitio extra ordinem* fossem **motivadas**. [...] A admissão da *apellatio* parcial, visando à reforma de parte do julgamento, é outra prova irrefutável da **fundamentação**

decisão de mérito, mesmo se denegatória do direito subjetivo, sob pena de perenizar lides sociológicas e, na escala coletiva, produzir efeitos similares ao próprio “*non liquet*”. Também por isso, aliás, o mesmo LIEBMAN terminou proscrevendo a **possibilidade jurídica do pedido** do rol das *condições da ação* (cf. *Manual...*, pp.153-161; a nota n. 106, em especial, realça a viragem de entendimento de LIEBMAN, que, na Itália, recusou à *possibilidade jurídica* o caráter de condição da ação somente a partir da 3ª edição de seu *Manuale*).

⁴⁶⁹ Na dicção de TUCCI e AZEVEDO, “*cria-se então, na organização judiciária do império, uma verdadeira estrutura hierárquica composta por inúmeros órgãos, a quem se conferia o poder de julgar em primeiro ou superior grau de jurisdição. Ao lado das antigas magistraturas, que são preservadas, novos cargos vêm instituídos. [...] A exemplo do monarca, os magistrados de grau mais elevado desfrutavam da prerrogativa de serem auxiliados, na tarefa de julgar, por um consilium de especialistas em direito*” (Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.142).

⁴⁷⁰ No Brasil, ver o artigo 93, IX, da CRFB: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*” (g.n.).

da sentença sob a égide do sistema processual ora examinado”⁴⁷¹.

Alfim, em apertada síntese, pode-se afirmar que as características da “*cognitio extraordinaria*” foram essencialmente as seguintes: (a) a ausência da divisão das instâncias, tramitando todo o processo perante um mesmo funcionário do Estado, até a prolação da sentença; (b) a consumação do processo como **solução pública de conflitos** (no “*ordo iudiciorum privatorum*” o seu caráter era **semi-público**, na medida em que a instância “*apud iudicem*” corria perante um juiz privado, à maneira de árbitro, geralmente indicado pelas próprias partes); (c) a desapareição da fórmula como instituto de direito processual civil; (d) a oralidade sob contraditório; (e) a imposição de julgamentos baseados no direito objetivo, sem outras adstrições formais (como havia, entes, em relação à fórmula); (f) a possibilidade de condenações não pecuniárias (superação do “*Prinzip der Geldverurteilung*”); (g) a recorribilidade das sentenças — “*porquanto quem a profere é um funcionário do Estado hierarquicamente subordinado a superiores, que podem rever o julgamento dele*”⁴⁷² —, que se exercitava especialmente com o manejo da “*apellatio*” (cuja funcionalidade já não se limitava à mera cassação da decisão “*a quo*”, como nos mecanismos sucedâneos do processo formular, mas se estendia à sua própria reforma⁴⁷³); (h) a possibilidade de execução de sentenças com o uso de força pública (“*manu militari*”)⁴⁷⁴; (i) a especificidade das ações, aliada à impossibilidade de a magistratura criar novas ações para tutelar situações ainda desguarnecidas pelo direito objetivo; (j) a imposição de julgamentos baseados no direito objetivo, sem outras adstrições formais (como havia, entes, em relação à fórmula); (k) a proscrição dos resquícios de formalismo oriundos do sistema das “*legis actiones*”⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, p.147 (g.n.).

⁴⁷² Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.305.

⁴⁷³ “*Diese ‚Berufung‘ wendet sich an den Princeps oder seinen Delegierten und verfolgt nicht nur das ‚kassatorische‘ Ziel, daß das Urteil aufgehoben, sondern das ‚reformatorische‘, daß es durch eine neue Entscheidung ersetzt werde*” (Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.501-502).

⁴⁷⁴ Ver, *supra*, a nota n. 450.

⁴⁷⁵ A par das características específicas do processo “*extra ordinem*”, os romanistas habitualmente elencam as características gerais do **Direito Romano justiniano**, tal como compilado no *Corpus Iuris Civilis* — influenciando, na Roma pós-clássica, os derradeiros traços do sistema da “*cognitio extraordinaria*”. São eles: (a) o caráter oriental; (b) o caráter doutrinário (= compleição teórico-discursiva); (c) o caráter não formalista; e (d) o caráter cristão. Tais características foram fruto da ação combinada de inúmeros fatores, como — notadamente — o peso ideológico do cristianismo, a nova constituição política, social e econômica do Império (que, após CONSTANTINO, teve seu centro administrativo deslocado para o Oriente), os direitos

III. Em termos procedimentos, o rito da “*cognitio extraordinaria*” pode ser examinado em duas etapas: a *introdução de instância* e a *instância perante o funcionário de Roma*.

Na *introdução de instância*, revelou-se desde logo uma notória diferença em relação aos dois sistemas processuais anteriores: *a autoridade pública tinha participação ativa no chamamento do réu a juízo*. Era do magistrado o **direito de “*euocatio*”**. Assim, se o réu estivesse domiciliado em localidade sujeita à jurisdição do magistrado, seria convidado oralmente a se defender em juízo, por meio de um dos “*lictiores*” à disposição do juiz; se, por outro lado, o réu estivesse sob a jurisdição de autoridade diversa, o magistrado competente entregaria ao autor uma carta-convite (“*litteris*”), que o juiz da localidade de residência do réu faria chegar às suas mãos (antecedente histórico das *cartas precatórias*); por fim, se o réu estivesse ausente ou se dele não se soubesse o paradeiro, a citação se faria mediante editos lidos pelo “*praeco*” e afixados em praça pública (antecedente histórico das *citações editalícias* — D. 26, 10, 7, 3). Houve, outrossim, a figura da “*denuntiatio ex auctoritate*”, modo de citação praticado pelo próprio autor (como nos sistemas anteriores), mas com a aquiescência do magistrado. Mais tarde, decerto para prevenir fraudes nas citações privadas, o imperador CONSTANTINO criou a “*litis denuntiatio*”, pela qual as citações eram anotadas nos registros de funcionários judiciários ou administrativos, que atestavam “*apud acta*” como e quando se houvera consumado a “*denuntiatio*” por iniciativa do autor. Ainda ulteriormente, no século V d.C., introduziu-se a citação “*per libellus conuentionis*”, pela qual o autor expunha brevemente a sua pretensão e pedia a citação do réu; ao juiz cumpria examinar o libelo e indeferi-lo, se evidentemente contrário ao direito objetivo, ou recebê-lo e ordenar a comunicação do “*libellus*” a réu, por intermédio do “*exsecutor*” (a quem o réu devia pagar as “*sportulae*”, i.e., as custas proporcionais ao valor da causa). Se admitido o libelo, deveria o autor comprometer-se a retornar dentro de dois meses, sob caução, para a formalidade da “*litis contestatio*”. Remonta à citação “*per libellus conuentionis*” a provável origem das *petições iniciais*, visto que, até então, as postulações inaugurais eram feitas oralmente perante o magistrado.

provinciais, o empirismo social e o pensamento doutrinal dos jurisconsultos orientais (em especial os gregos). Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.89.

Em verdade, a citação passa a merecer, na “*cognitio extraordinaria*”, atenção e relevância maiores que as verificadas nos sistemas anteriores. A própria *interrupção da prescrição* passa a se dar com o ato de citação (como ocorre nos sistemas atuais⁴⁷⁶) e não mais com a “*litis contestatio*”.

A multiplicidade de meios de citação (mesmo para os ausentes e para aqueles de paradeiro incerto), a sua importância renovada e — em especial — a concepção publicística do ato de citação (que passa a ser “*ex auctoritate*”, no exercício do “*ius euocatio*” oficial, ou então ato privado sob crivo judicial) denotam que, nessa fase, passou-se a reconhecer interesse público e *status* de garantia ao **direito de informação** do réu, como consectário das concepções modernas de **contraditório** e **ampla defesa**⁴⁷⁷. Havia, outrossim, especial preocupação com a **natureza contraditória do processo** no desenrolar do processo, ao ensejo das “*cognitiones*” (= debates orais), como se dirá. Tal preocupação não se revelara com mesmo vigor nos sistemas processuais anteriores, o que sugere que o *contraditório* se tornou uma ideia-força particularmente cara ao novo modelo de “*iurisdictio*”, condicionante dos atos de “*imperium*” — a dispensar, por si só, o contraditório (como ocorria nos “*interdicta*” — *supra*, tópico 7.3.3, VIII) — à intervenção “*ex intelligentia*” de um mesmo agente público (que, por ser *racional-dialógica*, não podia ser pensada sem a forma contraditória).

Entretanto, a inércia do réu não tinha efeitos processuais mais gravosos que os predispostos pelas legislações contemporâneas. Mesmo que o réu não se apresentasse ao juízo (caso em que lhe incumbia, no processo “*extra ordinem*” tardio, fornecer garantia

⁴⁷⁶ Vejam-se, e.g., o artigo 323º, 1, do CC português e o artigo 219, §1º, do CPC brasileiro.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, vejam-se, por todos, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (“*El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado*”, in *Derechos procesales...*, p.284) e NELSON NERY JR. (*Princípios...*, p.183). O primeiro pondera que “*el principio de contradicción [...] se encuentra directamente vinculado a la estructura del proceso, con el resto de los principios y garantías procesales y, en consecuencia, viene a ser un requisito de ineludible observancia para la efectiva realización de todo el conjunto de las garantías del proceso, y así ya quedó apuntado desde sus orígenes medievales en tres momentos o fases cruciales del proceso: citatio, defensio y el ordo probationum, o lo que es lo mismo, en materia de emplazamiento y actos de comunicación, de alegaciones y de prueba*” (g.n.). O segundo, por sua vez, assera que “*A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu de que em face dele foi ajuizada pretensão, de modo a ensejar sua manifestação no processo diante do pedido do autor. É o ato que implementa, por excelência, o contraditório no processo civil, que se iniciou com o ajuizamento da ação pelo autor*” (g.n.). Como se vê, pode-se situar a consagração dos atos de comunicação processual inicial, como “momento crucial do processo”, já no processo civil romano “*extra ordinem*”, bem antes da Idade Média.

patrimonial — a “*cautio iudicio sisti*” — e contestar mediante “*libellus contradictionis*”), o magistrado podia absolvê-lo, com base nos elementos da causa, conquanto seguisse o processo até a sentença final (D. 5, 1, 73, pr.). Não havia, portanto, um direito processual da parte contrária ao decreto de procedência, ou sequer a efeitos peremptórios de confissão quanto à matéria de fato. Mas, no plano pessoal, a “*contumacia*” — que geralmente se seguia àquela inércia — podia ter sérias consequências para o réu, sacrificando-lhe a própria liberdade. É o que veremos a seguir.

Na *instância perante o funcionário do Estado*, outra vez à diferença dos sistemas anteriores, já não era indispensável que as partes comparecessem à presença do magistrado. Dava-se a *contumácia* quanto o réu não era encontrado para a citação inicial (pessoal) ou ainda quando, citado, deixava de comparecer à presença do juiz, no início do processo ou durante o seu curso. No primeiro caso, dar-se-ia a citação editalícia, já mencionada (publicavam-se geralmente três editos — ou um só, dito “*peremptorium*” —, em intervalos mínimos de dez dias). No último caso, ausente o réu, caso houvesse prestado a “*cautio*” mediante fiadores, em face desses últimos agiria o autor (a não ser que os fiadores lograssem compelir o réu a se apresentar em juízo ou assumissem a sua defesa); se, porém, não houvesse fiadores, o juiz poderia mandar prender o réu; e, se não conseguisse detê-lo (quando o réu se ocultasse ou desaparecesse), valer-se-ia da citação mediante editos, tal como se fazia na primeira hipótese (réu não encontrado). O mesmo ocorria com o réu que comparecesse a juízo no início do processo, mas não retornasse para os atos processuais ulteriores: dar-se-ia a citação tripla e o juiz julgaria com base nos elementos apresentados pelo autor, podendo condenar ou absolver o réu (condenando-o, porém, ao pagamento das custas, como pena pela contumácia). De outra parte, se fosse contumaz o autor, não comparecendo no prazo de dois meses após a citação do réu em introdução de instância (prazo em que o demandante deveria se apresentar para a realização da “*litis contestatio*”), cabia ao réu se apresentar ao magistrado, após o que, passados mais dez dias sem o retorno do autor, dar-se-ia a absolvição de instância. Mas a contumácia autoral poderia ocorrer também *após* a “*litis contestatio*”; nessa circunstância, decorridos dois anos e meio, era o autor citado por três editos e, persistindo a ausência, o juiz decidiria o litígio com base nos elementos já colhidos (mas as custas correriam pelo autor, como pena pela contumácia).

Se ambos comparecessem no dia aprazado (pessoalmente ou por “*procurator*”), o processo se desenrolava numa série de debates orais (as “*cognitiones*”, sempre sob a forma de contraditório), em número maior ou menor conforme o grau de complexidade da causa. Pensando-se nos processos mais simples, ouviam-se, em primeira audiência, a “*narratio*” e a “*contradictio*” (em cujo ensejo já devia o réu arguir todas as exceções processuais de cunho prejudicial, como a incompetência do magistrado, a incapacidade do autor, a falta de “*cautiones*”, etc.). Nessa fase do processo civil romano, o réu já podia *reconvir* formalmente. Seguiu-se a “*litis contestatio*”, que era também bem diversa daquela conhecida no processo formulário. A “*litis contestatio*” já não era um ato, mas um **momento processual**, sem a mesma importância de outrora⁴⁷⁸. Já não interrompia a prescrição (o que se dava anteriormente, com o ato de citação). Os fatos da causa teriam de ser considerados pelo juiz conforme o estado de coisas no tempo da citação, não no tempo da “*litis contestatio*” (*supra*, tópico 7.3.3, VI). O seu *efeito criativo* (*supra*, tópico 7.3.3, IV) já não era o mesmo, de remate creditício, porque já não persistia, no processo “*extra ordinem*”, o princípio de que toda condenação havia de ser pecuniária (“*Prinzip der Geldverurteilung*” — *supra*, nota n. 404). E, para alguns autores, a “*litis contestatio*” houvera perdido o seu próprio efeito extintivo⁴⁷⁹.

Ademais, já não havendo a adstrição à fórmula, o autor podia livremente *retificar o pedido inicial* no curso da demanda, nos casos de “*plus petitio re*”, “*plus petitio loco*” e “*plus petitio causa*” (conquanto houvesse sanções processuais nos casos de “*plus petitio tempore*”⁴⁸⁰ e, em especial, nos casos de “*plus petitio quantitate*”⁴⁸¹). Como se viu, tais retificações não eram possíveis no processo formulário (*supra*, tópico 7.3.3, I e VI). Assim, a “*cognitio extraordinaria*” teve o condão de imprimir, no âmbito da correlação entre pedido e sentença, uma flexibilidade procedimental sem precedentes. Tanto é assim que, nos casos de “*minus petitio*”, o juiz podia inclusive condenar o réu no valor efetivamente

⁴⁷⁸ Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.592-593; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.311.

⁴⁷⁹ Em sentido contrário, com razão, ver Scialoja, *Procedura...*, pp.379-381.

⁴⁸⁰ Absolvição de instância, com possibilidade de renovação da ação após o dobro do prazo necessário para a propositura original, desde que se indenizasse o réu pelas despesas com o primeiro processo.

⁴⁸¹ Multa correspondente a três vezes o valor do prejuízo suportado pelo réu, em razão do excesso petitório, aquando do pagamento das “*sportulae*” ao “*exsecutor*”.

devido, conquanto *superior* ao pedido formulado no processo — a demonstrar que o chamado *princípio da ultrapetição*, consagrado nalguns subsistemas processuais⁴⁸² e geralmente infenso à noção corrente de devido processo legal formal, fora já conhecido dos romanos no direito clássico e pós-clássico, sem maiores recatos.

Depois da “*litis contestatio*”, na Roma cristã, havia o “*iusiurandum calumniae*”, ato em que partes e advogados juravam, sobre as Escrituras, que não estavam litigando por mera chicana ou emulação, mas por acreditarem em suas teses. Denota-se a preocupação pós-clássica com a *lealdade processual*, que ganharia corpo nos séculos subsequentes.

Após o “*iusiurandum calumniae*”, há certa dúvida sobre o que se seguia. Alguns romanistas advogam a imediata colheita de provas (*fase instrutória*)⁴⁸³; outros sustentam que, entre o “*iusiurandum calumniae*” e a produção de provas, mediava uma nova sessão de debates orais, a discutir os aspectos jurídicos do litígio, em que se contrapunha a “*postulatio simplex*” (pelo autor) e a “*contradictio*” ou “*responsio*” (pelo réu)⁴⁸⁴.

Em sede probatória, seguiu-se entendendo que o ônus da prova de certo fato incumbia à parte que o alegou (“*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”). Entretanto, o centralismo político inerente aos regimes do principado e do dominato (*supra*) engendrou uma paulatina perda de liberdade, por parte dos juízes, na apreciação das provas colhidas. As “*leges*” (= constituições imperiais) passaram a estabelecer certas regras para a apreciação das provas, a ponto de hierarquizá-las em valores absolutos. Assim é que a prova testemunhal, que tinha papel destacado no processo formulário, tem sua relevância mitigada, tanto pela regra da pluralidade útil (celebrizada pela máxima latina “*testis unus, testis nullus*”) como pela regra da primazia documental (prova escrita não podia ser repelida por prova testemunhal). No direito pós-clássico, com a *Novela XC*, JUSTINIANO introduziria ainda a figura do compromisso testemunhal por juramento (o que significava tanto reconhecer o dever cívico de depor em juízo como o dever processual de afirmar a verdade, aprofundando o caráter publicístico do processo com o reconhecimento de efeitos

⁴⁸² Vide, e.g., o artigo 74º do CPT. Adiante, cf. tópico 27.2.2.

⁴⁸³ Esta parece ser a opinião de KASER e HACKL (*Das Römische...*, pp.490-491).

⁴⁸⁴ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.312.

jurídicos instrumentais sobre terceiros) e a regra da melhor prova pelo menor interesse (germinando a figura da suspeição por interesse no litígio). Em contrapartida, a prova documental conheceu uma importância sem precedentes no processo “*extra ordinem*”, firmando-se no topo da hierarquia legal das provas, com uma sub-hierarquia interna que até hoje encontra eco nos ordenamentos de base romano-germânica⁴⁸⁵. Empregavam-se, ainda, como provas, as perícias (sobretudo para a aferição da autenticidade de documentos, mas também para outras “especialidades”, como no caso das “*comadres*”, que aferiam o alegado estado gravídico de uma mulher), os juramentos (como provas supletórias), as confissões (que serviam como causa bastante para a condenação do confesso, positivando-se a parêmia “*confessus per iudicato est*” no *Corpus Iuris Civilis*), os interrogatórios em juízo (admitidos em qualquer tipo de ação — ao contrário do processo formulário — e a qualquer momento do processo, ao alvedrio do juiz) e as presunções (dita “*hominis*”, quando o juiz a extraía dos elementos do processo com base em sua experiência pessoal; “*iuris*”, quando decorria de lei)⁴⁸⁶.

Dessume-se, nessa alheta, que boa parte das regras e institutos de direito probatório recolhidos pelos códigos hodiernos remontam, direta ou indiretamente, à “*cognitio extraordinaria*” romana. Daí também provieram variegadas *restrições formais* ao livre convencimento do magistrado em face do conjunto de provas, que o processo medieval aprofundou e que se retratam ainda hoje em doutrinas e legislações (em especial no quesito da *hierarquização dos meios de prova*, quando, p. ex., distingue-se entre prova pleníssima,

⁴⁸⁵ Em primeiro lugar, os documentos públicos lavrados por funcionários no exercício de suas funções e os protocolos de juízes e certos agentes administrativos, todos dotados de fé pública (ditos “*acta*” ou “*gesta*”); na sequência, os “*instrumenta publice confecta*”, i.e., os documentos públicos redigidos em praça pública pelos notários ou “*tabelliones*” (que já àquela época não eram funcionários de Roma, mas pessoas privadas que gozavam de fé pública e certificavam atos e fatos jurídicos sob a vigilância dos magistrados; numa expressão conhecida, *administração privada de interesses públicos* em matéria notarial, como ainda hoje ocorre em diversos países, inclusive no Brasil); e, por fim, os instrumentos privados (“*cautiones*”, “*chirographa*”), cujo valor dependia da respectiva lavratura perante testemunhas instrumentais, com as assinaturas dos declarantes e das próprias testemunhas. Cf., por todos, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.313. Essa hierarquia segue reverenciada no tempo presente, com maior ou menor flexibilidade, ora por força de lei (como no caso português, nos termos do artigo 364º, 1, do CC, e também no brasileiro, a se cotejarem os artigos 364 e 368 do CPC ou os artigos 215 e 219 do NCC), ora por força do costume e/ou da prática social.

⁴⁸⁶ Sobre o regime probatório na “*extraordinaria cognitio*”, ver Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.491-493; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.312-314.

prova plena e prova bastante⁴⁸⁷, ou quando se veda determinado meio de prova em certos ensejos⁴⁸⁸). Na perspectiva da teoria processual moderna (que advoga o *livre convencimento racional do juiz*⁴⁸⁹), houve decerto um *retrocesso* em relação ao sistema processual anterior (“*per formulas*”). Segundo cremos, pensar a modernização da processualística — ou do *direito probatório*, para os que não reconhecem na temática das *provas* um capítulo do direito adjetivo, mas do direito substantivo⁴⁹⁰ — é pensar a necessária relativização de tais hierarquizações, senão a sua abolição, privilegiando-se sempre a justiça do caso concreto *pelo olhar* do juiz concreto.

Feita a colheita de provas, o magistrado romano passava à prolação da sentença, sempre conforme os elementos dos autos. Para tanto, consultava seus assessores (“*consilium*”) e, vinculando-se apenas à observância da lei (e não mais aos limites de uma

⁴⁸⁷ Cara ao direito português — ou ao menos a seu passado próximo —, como se lê em JOÃO DE CASTRO MENDES (*Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1987, v. II, pp.451-453). A expressão “prova plena” ainda aparece nos artigos 360º, 371º, 376º e 393º do Código Civil português; e, no Brasil, descobre-se hoje em dia no artigo 215 do NCC (“*A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena*”).

⁴⁸⁸ No Brasil, vejam-se, p. ex., o artigo 401 do CPC (que só permite a prova exclusivamente testemunhal “*nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados*”) e o artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/91 (que não admite, em sede de justificação judicial ou administrativa, a prova exclusivamente testemunhal do tempo de serviço para efeitos previdenciários). Sobre a infelicidade dessa última norma, especialmente quando oposta à eficácia material preclusiva das sentenças trabalhistas que declaram a existência de vínculo de emprego em face do empregador (e ainda mais à sua eficácia mandamental direta, se o INSS for chamado à lide), veja-se, de nossa lavra, “*Eficácia mandamental da sentença declaratória de vínculo empregatício em face do Instituto Nacional do Seguro Social*” (tese), Manaus, 14º CONAMAT, 2008, *passim* (disponível em www.conamat.com.br/teses/10032008204910.doc — acesso em 06.01.2013). V. também “*Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho*”, in *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, v. 32, n. 121, *passim*.

⁴⁸⁹ Cf., por todos, Araújo Cintra *et al.*, *Teoria...*, pp.62-63 (os autores preferem a expressão “*persuasão racional*”). In *verbis*: “*Tal princípio [da persuasão racional do juiz] regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o do julgamento secundum conscientiam. [...] A partir do século XVI [...] começou a delinear-se o sistema intermediário do livre convencimento do juiz, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa. [...] O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod on est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas o avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 a 436; CPP, arts. 157 e 182)*” (g.n.). Nada obstante, não é incomum que, em algum momento, os sistemas processuais nacionais hodiernos concedam, pontual ou setorialmente, ao sistema das provas legais (em Portugal, veja-se o artigo 393º, 1 e 2, do CC; no Brasil, vejam-se o artigo 401 do CPC — já citado — e o artigo 195, *caput* e §2º, da CLT).

⁴⁹⁰ Em Portugal, p. ex., o direito probatório não tem lugar no Código de Processo Civil, mas no Código Civil (capítulo II do subtítulo IV do título II do livro I do *codex* de 1966). No Brasil, conquanto a matéria tenha disciplina entre os artigos 332 e 443 do Código de Processo Civil, também encontra regulação no título V do livro III da parte geral do Código Civil de 2002 (artigos 212 a 232).

fórmula), proferia a sua sentença, em peça escrita, que havia de ser lida em audiência na presença das partes e dos oficiais do juízo (“*recitare sententiam ex periculo*”). Mesmo perante o “*princeps*”, o procedimento era basicamente esse, com pequenas variações⁴⁹¹.

Excepcionalmente, porém, caso não soubesse como julgar a causa, o magistrado poderia remeter os autos a um magistrado superior ou mesmo ao próprio imperador: era o instituto da “*consultatio*”, que prevenia, no processo “*extra ordinem*”, o pronunciamento do “*non liquet*” (que, vimos, era largamente admitido no sistema formulário). Nessa hipótese, o juiz redigiria uma informação geral sobre o processo e exporia suas dúvidas, dando ciência às partes, que poderiam refutar a informação judicial; em seguida, remeteria à autoridade superior o conjunto de peças (autos do processo, “*consultatio*” e refutação). De posse das peças, a autoridade superior decidiria o litígio (ou, tratando-se do imperador, poderia designar outro juiz para a prolação da sentença).

Na sentença, o juiz deveria condenar ou absolver o réu, assim como o próprio autor, se houvesse reconvenção formal. A condenação havia de ajustar-se o mais possível à pretensão do autor, mandando pagar a quantia devida ou restituir a coisa retida, conforme o caso. Nas obrigações de fazer, não se admitia a condenação específica (i.e., o decreto condenatório impositivo de conduta “*manu militari*”); assim, tanto nesses casos, como nos casos de impossibilidade de restituição de coisa certa, proferia-se sentença condenatória pelo equivalente pecuniário ao ato ou à coisa. Ademais, embora o juiz devesse considerar, em princípio, o “*status quo*” aferido no momento da citação do réu (*supra*), deveria levar em conta a satisfação espontânea da pretensão autoral pelo réu no curso do processo, hipótese em que proferiria sentença absolutória.

Proferido o “*decretum*” ou “*sententia*”, o vencido podia dele apelar (“*appellatio*”) para o magistrado imediatamente superior ao que a houvera pronunciado, ou mesmo para o imperador, diretamente, a depender da hipótese⁴⁹². No processo “*extra ordinem*”, tornou-se

⁴⁹¹ Inclusive na “*supplicatio*”: ver Kaser, Hackl, *Das Römische...*, p.449.

⁴⁹² Na perspectiva do poder político, a lógica desse sistema de revisão escalonada — que a partir de então ganharia o mundo — transparece evidente em KASER e HACKL: “*Die Anfänge der Appellation werden bei der gegen Urteile der cognitio extra ordinem in Straf- und Zivilsachen zu suchen sein. Im*

bem amplo o espaço útil de recorribilidade: com JUSTINIANO, já se podia apelar de qualquer sentença, desde que definitiva ou terminativa (jamais das interlocutórias ou preparatórias). Foi o mesmo JUSTINIANO, ademais, quem limitou a *duas* as possíveis “*appellationes*” sucessivas; antes dele, podia-se apelar tantas vezes quantos fossem os magistrados escalonados entre o juiz sentenciante e o próprio imperador (a quem se dirigiria o derradeiro recurso). A “*appellatio*” podia ser ofertada de viva voz, na própria audiência em que se lia a sentença, ou por escrito (“*libellus appellatorius*”), em prazos que variaram de dois (“*biduum*”) ou três (“*triduum*”) a dez dias⁴⁹³. Surtia, sempre, os efeitos devolutivo e suspensivo. Acompanhavam-lhe, porém, riscos consideráveis: o apelante derrotado suportava as custas acrescidas e, para mais, sujeitava-se a sanções graves, que chegaram ao desterro por dois anos, ao confisco de metade dos bens presentes e à obrigação mesma de prestar trabalhos forçados em minas por dois anos⁴⁹⁴, ⁴⁹⁵. Já por isso, conclui-se que sequer na “*extraordinaria cognitio*” o *duplo grau de jurisdição* chegou a ser visto como uma garantia civil do cidadão; era, antes, uma sua era faculdade processual, que o vexava severamente em caso de emprego temerário.

Antes do julgamento da “*appellatio*”, havia novo comparecimento das partes à presença do magistrado superior, com renovação dos debates. Sob JUSTINIANO, admitia-se a própria reabertura da instrução probatória, como ainda a invocação de novos fatos. E, ao julgar a apelação, o juiz “*ad quem*” podia fazê-lo em prejuízo do recorrente, admitindo-se amplamente a “*reformatio in pejus*”.

Kognitionsverfahren ist alle Entscheidungsgewalt eine von der kaiserlichen delegierte, hier wird sich darum zuerst der Grundsatz entwickelt und durchgesetzt haben, daß gegen die Entscheidung des Delegiert an den Delegierenden appelliert werden kann” (Das Römische..., pp.502-503). Preservaram-se, ademais, alguns dos mecanismos indiretos de impugnação de sentenças do período formulário — nomeadamente, a “*restitutio in integrum*” (cf. Kaser, Hackl, Das Römische..., p.493; Cruz e Tucci, Azevedo, Lições..., p.150). Vide, *supra*, o tópico 7.3.3, VI.

⁴⁹³ Kaser, Hackl, Das Römische..., pp.507-508; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.316-317.

⁴⁹⁴ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.317. No tempo de JUSTINIANO, tais sanções se abrandaram.

⁴⁹⁵ Para uma visão geral dos institutos da “*appellatio*” e da “*supplicatio*” no Direito Romano, ver Cruz e Tucci, Azevedo, *Lições...*, pp.163-188. A propósito, a “*supplicatio*” apareceu como “*corolário lógico da inadmissão de interpor-se apelação da sentença prolatada pelo prefeito do pretório*” (i.e., do “*praefectus praetorio*”, altíssimo funcionário da administração romana, que funcionava à maneira de um *alter ego* do imperador), razão pela qual se instituiu a “*supplicatio*”, que serviria como “*recurso autónomo e extraordinário, sucedâneo da appellatio, utilizado pelo cidadão perante o foro imperial contra a sentença inapelável do praefectus praetorio*” (*idem*, pp.175-177). Ver também Kaser, Hackl, Das Römische..., pp.449-451.

Confirmada a sentença condenatória, e uma vez passada em julgado, havia de ser cumprida pelo réu no “*tempus iudicati*”, i.e., no prazo máximo de dois meses (ou, sob JUSTINIANO, quatro meses), caso não se fixasse outro no texto do próprio “*decretum*”. Acaso inadimplente o vencido, abria-se ao vencedor a possibilidade de promover a execução da sentença pela “*actio iudicati*”, a que já nos reportamos (*supra*, tópico 7.3.3, VI). Confesso o “*iudicatus*”, ou outra vez derrotado — agora no novo processo (para o qual houvesse apresentado defesa) —, o autor podia requerer imediato pronunciamento de *decreto de execução*, seguindo-se a execução forçada contra a própria pessoa do executado ou contra seus bens (como, de resto, no processo “*per formulas*”); mas, no processo “*extra ordinem*”, a execução sobre a pessoa tornou-se absolutamente subalterna, servindo apenas como meio indireto de compelir o réu a cumprir o comando sentencial. Ademais, coroando o centralismo do dominato e a publicização do processo pós-clássico, em 388 d.C. proibiram-se as *prisões privadas* nas execuções sobre a pessoa, de modo que o executado deveria ser sempre recolhido às cadeias públicas; o exequente que desrespeitasse essa restrição, mantendo em cárcere privado o seu devedor, praticaria crime de lesa-majestade. Pode-se ainda reconhecer, nessa passagem (*imposição do cárcere público*), um passo adiante na escalada de *humanização* do processo judicial (que, hoje em dia, tende a execrar *qualquer prisão* relacionada a dívidas, mesmo por ordem judicial e/ou como instrumento de coerção indireta, ressalvados os casos de alimentos⁴⁹⁶). Remanesceu, ademais, a possibilidade da “*cessio bonorum*” como forma de evitar a execução pessoal. Como também sobreviveram, na execução por quantia certa, os institutos da “*missio in bona rei seruandae causa*”, da “*uenditio bonorum*” e da “*distractio bonorum*” (*supra*, tópico 7.3.3, VII)⁴⁹⁷.

O sistema da “*cognitio extraordinaria*” conheceu ainda os *processos sumários*, cuja tramitação era mais célere que a dos processos comuns, exatamente porque o juiz podia proferir a sentença com base no “*summatim cognoscere*”, i.e., na cognição sumária dos elementos do litígio. Nos processos sumários, dispensava-se a produção plena de provas,

⁴⁹⁶ Cf., por todos, o caso americano, sob a égide do artigo 7º, n. 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (22.11.1969). Vide tópico 10.4.3.

⁴⁹⁷ Sobre a execução dos julgados no sistema da “*cognitio extraordinaria*”, ver Kaser, Hackl, *Das Römische...*, pp.510-514; Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.317-319.

restringindo-se a atividade probatória das partes. Assim se dirimiram, p. ex., os litígios envolvendo cobrança de alimentos e manumissões por testamento⁴⁹⁸. Ganharam essas feições, ademais, vários dos *meios complementares de tutela pretoriana* (*supra*, tópico 7.3.3, VIII), que no processo formulário exsurgiam como instrumentos de “*imperium*” e não de “*iurisdictio*”, mas que no processo “*extra ordinem*” — com a unificação das funções “*ex imperia*” e “*ex intelligentia*” no mesmo funcionário — tornam-se apenas ritos mais céleres em regime de instrução sumária. Daí porque,

“No processo extraordinário, o interdito é uma ação — a *actio utilis ex causa interdicti* — que se concede nos casos em que, no processo formulário, se utilizaria um interdito; que visa a condenar o réu a exhibir, restituir ou não fazer algo; e cujo processo é mais rápido que o normal. Os textos que, no *Corpus Iuris Civilis*, alude à distinção entre ação e interdito têm mero valor histórico. Por outro lado, a *restitutio in integrum* não se baseia mais no *imperium* do magistrado, mas na lei, de modo que, nas hipóteses nesta prevista, tem o juiz, se requerida a sua concessão, o dever [e não a prerrogativa] de concedê-la por sentença”⁴⁹⁹.

Logo, dos modernos incidentes de cognição sumária — que costumam suscitar vívidas discussões na dimensão do “*due process of law*” (pense-se, p. ex., nas hipóteses de antecipação da tutela de mérito ou de seus efeitos) — encontraremos um antecedente histórico perfeito e acabado no processo civil “*extra ordinem*” romano.

7.4. CONCLUSÕES PARCIAIS. AS PRIMÍCIAS DO DEVIDO PROCESSO

I. À mercê do quanto examinado e discutido até aqui, notadamente entre os tópicos 7.1 e 7.3.4, e à guisa de conclusões parciais (mas com algum acréscimo de informação), toca agora asserir, de mais proeminente, o que segue.

⁴⁹⁸ A manumissão era “o ato de libertação do escravo pelo seu senhor. O escravo alforriado diz-se liberto; o dono, que o manumite, patrono. [...] A manumissão pode fazer-se por diversos modos, que foram surgindo no curso da evolução do direito romano” — inclusive por testamento (= “*manumissio testamento*”). Cf. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.123-124.

⁴⁹⁹ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.321.

1.1. O mais antigo sistema processual documentado em monumentos jurídicos, produzido pela civilização cuneiforme, não engendrou salvaguardas processuais. Com efeito, os sistemas processuais mais proventos caracterizaram-se pelo arcaísmo e pela crueza de suas regras, concebidos que foram na estrita perspectiva da *autoridade*, sem noções perceptíveis de “direitos” ou “poderes” processuais exercitáveis pelos cidadãos. As *formas processuais* tinham basicamente um escopo ritual-religioso, ligando-se sobretudo à superstição e à mística dos povos, sem qualquer função de garantia.

1.2. Na Atenas draconiana, abolida a justiça privada, o processo passou a ter clara função instrumental para o exercício da cidadania. Nada obstante, ainda não alçara contornos propriamente científicos (o que pressupõe — nos padrões contemporâneos — **compleição teórica, sistematicidade, método racional e padrão repetível**⁵⁰⁰). Tais contornos somente se adquiriram no Direito Romano, em níveis crescentes de complexidade, numa evolução histórica de cerca de treze séculos (ou mais), que conheceu pelo menos três sistemas processuais distintos (“*legis actiones*”, “*per formulas*” e “*cognitio extraordinaria*”). Também em Roma, certos aspectos rituais do processo público (ou semi-público) começaram a ser entendidos como garantias dos cidadãos romanos. Ademais, em especial a partir do sistema formulário, Roma veio a conhecer as primeiras casuísticas sistematicamente inteligíveis de **flexibilização de ritos e regras formal-processuais** em prol de interesses materiais valiosos, direta ou indiretamente vinculados a ideais de justiça substancial (que, no plano filosófico, foram amiúde hauridos da filosofia grega, como a honestidade e a equidade).

1.3. Nesse diapasão, as fontes romanas revelam o paulatino avigoramento da noção de “*aequitas*”, de conteúdo relativamente instável, sujeito a mutações e ajustes no curso das séculos, mas sempre aderido àqueles mesmos ideais de justiça substancial. No direito romano pós-clássico (logo, ao tempo da “*cognitio extraordinaria*”), a figura da “*aequitas*” conheceria a sua mais formidável projeção, a ponto de ser amplamente positivada (pode-se

⁵⁰⁰ No processo ático, poder-se-iam mesmo reconhecer três desses atributos — os três últimos —, mas jamais o primeiro deles: a julgar pelas fontes, os gregos jamais conheceram uma *teoria acabada* para o seu processo, mas tão só uma *pragmática* processual. Nos processos cuneiformes, tampouco houve método racional. E, nas práticas processuais mais remotas (que, pela tímida importância, não mereceram comentários), sequer houve sistematicidade ou padrão repetível.

encontrá-la em diversas constituições imperiais de JUSTINIANO) e por fim conectada à própria *definição do Direito* (que ULPIANO tomara do jurisconsulto clássico CELSO): “*ius est ars boni et aequi*” (D. 1, 1, 1, pr.)⁵⁰¹. Convém notar, com BIONDO BIONDI⁵⁰² e MOREIRA ALVES⁵⁰³, que o direito objetivo assim definido deita alicerces em sua intrínseca *substância*, não em suas características formais (como se costuma fazer hodiernamente, não raro sob inspiração positivista⁵⁰⁴): trata-se de um direito que não é mero código de conduta, mas está intimamente pungido pela “*aequitas*” e só se pode entender como **direito justo**. Aliás, a importância da “*aequitas*” nos textos do *dominato* é tão notória que alguns autores sustentaram tratar-se de noção própria do direito pós-clássico, sem precedentes no direito clássico (e.g., BESELER); mas a historiografia mais atenta sugere que a “*aequitas*” já fosse conhecida dos jurisconsultos clássicos, sob matizes diversos: para os clássicos (como CELSO), a “*aequitas*” era a **justiça** pura e simples, i.e., “*aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo*”⁵⁰⁵ (dir-se-ia, na feliz expressão de EROS GRAU, do “direito pressuposto”, em contraposição lógico-semântica ao direito posto ou positivo⁵⁰⁶); já para os pós-clássicos, a “*aequitas*” passou a se rivalizar com o “*ius*” (= direito objetivo/subjetivo profano), para adquirir o sentido de benignidade ou benevolência (= “*humanitas*”, “*benignitas*”, “*pietas*”, “*caritas*”) e autorizar a derrogação concreta de preceitos jurídicos pelos imperadores romanos, onde a sua aplicação lhes parecesse “*iníqua*”⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ A oração toda diz: “*Iuri operam daturi prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam (ut eleganter Celsus definit) ius est ars boni et aequi*” (= “Os que vão se dedicar ao estudo do direito devem começar sabendo de onde vem a palavra “*ius*”. Na verdade, provém de “*iustitia*”: pois (conforme uma elegante definição de Celso) o direito é a arte do bom e do equitativo”).

⁵⁰² Biondo Biondi, *Instituzioni...*, pp.60-61.

⁵⁰³ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.96.

⁵⁰⁴ Assim, e.g., em HANS KELSEN, cujas lições informariam todo o pensamento positivista subsequente: “*Neste sentido, as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coersão dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Isto quer dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção. As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são [...] sanções socialmente imanentes e [...] socialmente organizadas*” (Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987, pp.36-37).

⁵⁰⁵ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, pp.95-96.

⁵⁰⁶ V. Eros Roberto Grau, “*O direito posto...*”, pp.33-50. Cf. também a nota n. 200, *supra*.

⁵⁰⁷ Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, p.96. No exemplo do autor, alguns imperadores recorrem à noção de “*aequitas*” e “*permitem que os humildes (humiliores), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais*”. Essa acepção de “*aequitas*” talvez se redescubra, hoje, nas legislações que

1.4. Ambos os conteúdos servem bem àquela percepção inicial de que, em sede de juízos concretos, a norma formal-processual pode se vergar diante da **materialidade subjacente ao litígio**, i.e., da **condição ôntica de seu objeto**, conforme a circunstância de seu tempo, lugar e modo (*supra*, §2º, III, “γ”, e tópico 5.1, V e VI). A *relativização das formas para a realização dos conteúdos* (na perspectiva de uma legítima hierarquização de valores materiais) está na base da ideia romana de “*aequitas*”, seja na acepção clássica (de justiça substancial como ideal ético⁵⁰⁸), seja na acepção pós-clássica (de justiça concreta com efeitos de derrogação de preceitos gerais e abstratos⁵⁰⁹). Com efeito, remonta ao direito romano clássico a possibilidade de o pretor “corrigir” prudencialmente o “*ius civile*”, por direta aplicação da “*aequitas*”, sempre que a solução de um litígio por meio das “*leges*” ou das regras rituais do próprio “*ius civile*” conduzisse a soluções injustas ou iníquas (= “*in-aequa*”) ⁵¹⁰. Ademais, os juízos de “*aequitas*” provavelmente compunham o único conteúdo jurídico inteligível nas ordens de “*interdicta*” ⁵¹¹ (tópico 7.3.3, VIII), já que os processos interditais não se sujeitavam ao “*ordo iudiciorum privatorum*” (senão em fase cognitiva pós-concessiva), nem tampouco admitiam análise discursiva do “*ius civile*”; e, uma vez recusada a imanência intelecto-axiológica da “*aequitas*”, os interditos não terão sido mais que exercícios puramente arbitrários de “*imperium*” (“*auctoritas*”), o que não parece ter sido o caso. Basta ver as fontes: em GAIO (*Institutas*, IV, 148 a 150), lê-se, p. ex., que

desequilibram formalmente os pólos de uma relação jurídica, colimando objetivos de reequilíbrio substancial (como, e.g., no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, em cujos âmbitos o poder vinculativo da autonomia de vontades — “*pacta sunt servanda*” — é arrefecido em prol da tutela de posições jurídicas dos hipossuficientes, os “*humiliores*” do capitalismo moderno).

⁵⁰⁸ Conduzindo, no limite, à **inflexão do “*ius civile*”**, tal como a “*aequitas*” pós-clássica. Veja-se, por todos, CARMIGNANI: “No período clássico, [...] a *aequitas* é considerada como expressão do *ius naturalis* — da justiça ideal —, passando a **veículo através do qual se iniciou o abrandamento do rigorismo excessivo do *ius civile***, tida até mesmo como fonte suprema do direito (Cícero, *Topica*, 2, 23). [...] Com base nesse princípio supremo, os romanos levavam em conta, para a solução de cada caso, em concreto, não a aplicação pura e simples do *ius civile*, mas, sim, da *aequitas*, que **era invocada constantemente, mesmo contra legem** (Cícero, *Orat.*, I.56.240)” (*A origem...*, p.16 — g.n.).

⁵⁰⁹ Com esse sentido, cf. Biondo Biondi, *Istituzioni...*, pp.60-61.

⁵¹⁰ Cf. Alfredo di Pietro, *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp.40-41; Carmignani, *A origem...*, p.16.

⁵¹¹ Cf. Carmignani, *A origem...*, pp.17-18 e 33-38. *In verbis*: “[...] os **INTERDITOS** foram introduzidos e ampliados, com base não apenas no poder de *imperium* do magistrado, mas **inspirados na *aequitas romana da época clássica***, com o objetivo de [...] dirimir as dificuldades na aplicação do direito, concedendo, rapidamente, a defesa de determinadas situações, particularmente urgentes, que não podiam se sujeitar às delongas do procedimento ordinário” (pp.17-18 — g.n.).

“148. Costuma-se dar interdito conservativo da posse quanto surge controvérsia entre as partes sobre a propriedade e **se indaga preliminarmente** qual dos litigantes **deve** possuir a coisa e qual **deve** reclamar a propriedade; para isso foram concedidos os interditos *ut possidetis* e *utrubi*. 149. O interdito *ut possidetis* é dado para a posse de um imóvel ou de edifícios; e o *utrubi*, para a de coisas móveis. 150. Tendo o interdito por objeto um imóvel ou edifício, o pretor ordena seja preferido aquele que, **no momento de ser dado o interdito, não possui violenta, clandestina ou precariamente**, em relação ao adversário; mas se se trata de coisa móvel, manda tenha ganho de causa quem, **na maior parte desse ano, não possuiu, perante o adversário, nem violenta, nem clandestina, nem precariamente**; e isto está suficientemente indicado nas próprias palavras dos interditos” (g.n.).

Ora, se havia *indagação preliminar* acerca dos *deveres jurídicos* concretos (quem “deve” possuir, quem “deve” reclamar em petitório), havia **cognição sumária (prelibatória)** — com possibilidade de tutela preventiva — e não o mero exercício discricionário de poder (“*auctoritas*”); e, se originalmente não havia estrita previsão da tutela interdital no “*ius civile*” (ou seja, à mingua de normas-regras), a base jurídica de decisão só podia ser o *arcabouço deontológico* subjacente ao direito objetivo (i.e., as normas-princípio não escritas), então designado como “*aequitas*”.

1.5. Aos interditos, outrossim, reconheceram-se *finalidades públicas*, conquanto fossem sempre esgrimidos em abono de pretensões privadas (posse/propriedade). Nisso se desvela outra inflexão (de cariz teleológico) inerente às “*interdicta*”: o processo interdital atendia a um plexo variável de interesses e/ou valores, independentemente das razões expressas de pedir, o que significou reconhecer, ao processo judicial (semi-público e depois público), a sua curial **permeabilidade** a valores materiais alheios à retórica das partes.

1.6. Os magistrados judiciais serviram-se ainda das “*actiones in factum*” e das “*actiones utiles*”, a reboque do distensão de poderes que experimentaram no processo “*per formulas*”, para *construir* e *adaptar* a tutela jurídica processual às situações e relações jurídicas não sancionadas pelo “*ius civile*” ou pelo “*ius honorarium*”. Com isso, o pretor romano do período formulário assegurou à jurisdição de antanho a **plasticidade** tão essencial à funcionalidade dos poderes e serviços públicos em tempos mais cambiantes.

1.7. De resto, a par das “*interdicta*” e de outras intervenções pretorianas atípicas, merecem ainda menção as “*iudicia bonae fidei*”, que permitiram aos juízes privados flexibilizar regras e princípios formais do processo formulário — como eram a *estrita adstrição à fórmula* e a *abstração quantitativa “ex formula”* — em prol de valores materiais ligados à “*bona fides*”, como a honestidade e a justiça da decisão. Com o tempo, as inflexões engendradas na jurisdição “*ex fide bona*” foram se espalhando pelo próprio “*ius civile*”, consumando deformalizações tópicas.

1.8. Por tudo isso, é forçoso concluir que o processo romano — tanto o civil (*supra*) como o penal (especialmente quanto à iniciativa da ação penal) — despregou-se progressivamente do formalismo herdado das “*legis actiones*” e caminhou para a persecução de tutelas judiciais efetivas, adaptadas ao seu tempo e tributárias de princípios e valores materiais caros à sociedade romana. Nesse desenvolvimento, a *jurisprudência* — i.e., o direito “feito” pelos tribunais (= magistrados e juízes privados) — teve destacado papel, notadamente durante o período formulário. Tendo-se em conta, outrossim, que esse período coincide com uma expressiva projeção militar e cultural dos domínios de Roma (supondo-se, inclusive, que a “*formula*” romana se origine de procedimentos dos pretores peregrinos junto a litigantes estrangeiros), pode-se especular que a *internacionalização das jurisdições* tenha sido fator igualmente importante para a *deformalização* procedimental (o que terá relevância adiante, como precedente histórico, quando lidarmos com as inflexões características de procedimentos que têm curso perante cortes internacionais hodiernas).

1.9. Alfim, no tempo da “*cognitio extraordinaria*”, Roma assistiu à fusão subjetiva dos papéis institucionais do Estado-juiz no processo. Deu-se a conhecer antecipadamente a figura do **juiz moderno**, i.e., do funcionário público que judica racionalmente e “*apresenta*” o Estado⁵¹², exercitando, a um tempo, as funções de “*imperium*” (= poder) e de

⁵¹² O neologismo “*apresentar*” veio de ser empregado por PONTES DE MIRANDA para significar a condição de toda pessoa natural investida de poderes públicos, que não “*representa*” coisa alguma (como o mandatário representaria o mandante), mas antes **personifica**. Assim é que o Presidente da República, o ministro de Estado, o senador, o deputado federal, o juiz e o membro do Ministério Público, entre outros agentes políticos, não “*representam*” o Estado ou o Poder, nem agem em seu nome como se terceiro(s) fosse(m); agem, sim, *em nome próprio*, embora no interesse de “*terceiro*” (em verdade, no *interesse público*). Logo, “*apresentam*” o Estado ou o Poder, na medida em que o *personificam*, no exercício de um mandato eletivo, de uma função de Estado ou de um cargo vitalício.

“*cognoscere*” (= ciência). Aprofundou-se a deformalização do processo, com a superação dos derradeiros resquícios oriundos das “*legis actiones*”. A **função criativa da jurisprudência** sobreviveu, trasladada do plano da instrumentalidade processual (“*actiones in factum*”, “*actiones utiles*”) para o plano genético-material (direito objetivo), com amplo recurso à “*aequitas*”. Garantias processuais como a *inafastabilidade da jurisdição*, a *motivação das decisões*, o *direito de informação do réu* e o próprio *contraditório* foram lentamente percebidas como atributos de cidadania, não como meras concessões de “*auctoritas*”.

II. Estavam assim lançadas as bases procedimentais do processo civil moderno (para as quais contribuirá a experiência medieval, como diremos). E se arraigavam no sentimento dos povos os primeiros rudimentos do devido processo legal — tanto o formal (pela via das garantias do processo) como o substancial (pela via da “*aequitas*”).

§ 8º. GARANTIAS PROCESSUAIS NA IDADE MÉDIA

8.1. SOLUÇÃO PÚBLICA DE CONFLITOS E GARANTIAS PROCESSUAIS NA IDADE MÉDIA

I. Como bem se sabe, no ocaso da Antiguidade (século IV d.C.) o Império Romano havia se dividido em dois: o Império do Ocidente, com sede em Roma, e o Império do Oriente, com sede em Constantinopla (hoje, Istambul). Estendia-se desde os confins da Escócia até o sul da Germânia e a Península Balcânica ao sul do rio Danúbio; alcançava, ainda, o norte da África e uma parte da Ásia ocidental. A norte e a leste dos rios Reno e Danúbio onde se encontravam os povos germânicos e eslavos, mais ou menos nômades, que se deslocaram paulatinamente para o Ocidente, penetrando na órbita do Império Romano a partir do século III. No século V, subjagam em vagas sucessivas o Império Romano do Ocidente, que desaparece e dá lugar a inúmeros reinos germânicos (visigodos,

burgúndios, francos, ostrogodos, lombardos, etc.)⁵¹³. Já o Império Romano do Oriente — dito Império Bizantino — resistiu a todas essas pressões, até a queda de Constantinopla, em 1453 (o que marca o final da Idade Média). E, com efeito, o **direito bizantino** — que equivaleu, em larga medida, ao **direito justinianeu** — perdurou, com alterações, de 565 a 1453.

II. GILISSEN observa que, na aurora da Idade Média (= Alta Idade Média), conviviam na Europa pelo menos cinco classes de sistemas jurídicos distintos: o Direito Romano (sobrevivente, no sudeste europeu, como direito bizantino); o direito canônico (com base em Roma, após o estabelecimento da oficialidade da religião cristã no século IV); os direitos germânicos (nos reinos que se formam após a desagregação do Império Romano do Ocidente); os direitos eslavos (sobretudo na região do Óder e do Elba, no Norte, e além do Danúbio, ao sul); e o direito celta (extremo ocidental europeu). Já a influência do sistema jurídico muçulmano seria sentida sobretudo na Península Ibérica e na Gália, a partir da obstinada expansão dos mouros para o norte, até serem contidos pelos francos em 732 (Poitiers)⁵¹⁴. A partir dos séculos XII e XIII, os reis começam a robustecer seus poderes em detrimento das prerrogativas dos senhores feudais em terras nacionais; com isso, enfraquece-se o feudalismo e inicia-se a senda que conduziria ao absolutismo moderno. Assim vão se formando, paulatinamente, os *direitos dos Estados Modernos*: o direito francês, o direito inglês, o direito dinamarquês, o direito sueco, o direito espanhol, o direito polaco, o direito russo, etc. (em regra inspirados pelo Direito Romano, mas já com os aportes culturais dos invasores — donde se falar, hoje, em família jurídica *romano-germânica*). De forma semelhante, quando a concentração de poder favorecia grandes senhores de terra (e não reis nacionais), formavam-se sistemas jurídicos territorialmente mais restritos, como ocorreu com o “direito” flamengo, o brabantão, o de Liège, o de Namur, etc. Nessa cadência, metamorfoseou-se o panorama jurídico europeu para que, já na Baixa Idade Média (sobretudo no século XIII), os grandes sistemas jurídicos europeus fossem os seguintes: os direitos nacionais de base romanista; a “*common law*” inglesa; os

⁵¹³ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, p.127.

⁵¹⁴ *Idem*, p.128.

direitos eslavos; o direito bizantino; o direito canônico; e — no extremo continental oeste — o direito muçulmano⁵¹⁵.

Nesse contexto, interessa-nos compreender especialmente como os direitos “bárbaros” recepcionaram e refundiram o Direito Romano — ou como foram por ele recepcionados e refundidos —, prefigurando, no século XI, a primeira noção histórica de **devido processo legal**.

8.1.1. GERMÂNIA

I. Antes do século V a.C., os germanos não eram mais que um conjunto de etnias mais ou menos nômades, organizando-se socialmente em *clãs* (“*Sippes*”) que se agrupavam sob a autoridade (“*Mud*”) do pai, em famílias patrilineares. As disputas entre os clãs eram geralmente resolvidas pela “*Faida*” (i.e., pela *vingança* ou *guerra privada*)⁵¹⁶. Disso se conclui que o **processo**, como meio racional institucionalizado de solução de conflitos, não foi elemento referencial da cultura germânica pré-medieval⁵¹⁷.

⁵¹⁵ *Idem*, pp.130-131.

⁵¹⁶ *Idem*, p.162. Sobre isso, disse TÁCITO: “*Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est; nec implacabiles durant: luit enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero recipitque satisfactionem uniuersa domus, ujtlier in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae iuxta libertatem*” (*De situ et moribus Germaniae*, XXI).

⁵¹⁷ Nas palavras de IAN WOOD (referindo-se já ao panorama europeu da Alta Idade Média), “*the procedures involved are usually regarded as having developed from some earlier tradition, whether Roman or Germanic. More often than not, however, there is no clear evidence to prove the derivation of a particular legal process [...]*” (Ian Wood, “*Disputes in late fifth- and sixth-century Gaul: some problems*”, in *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, ed. Wendy Davies, Paul Fouracre, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp.07-08 — g.n.). Pois bem: se os *romanos* já conheciam o processo formal desde pelo menos as XII Tábuas (*supra*), só se pode tributar o “elo perdido” que descontinua a evolução das instituições processuais na Alta Idade Média, logo após a queda do Império Romano do Ocidente (supondo-a *histórica* e não meramente documental), à ação caótica dos direitos consuetudinários imemoriais dos povos invasores, que não conheciam, ao menos como regra, o “processo legal” como um modo racional de solução de conflitos. Nada obstante, conheciam-se certas regras procedimentais, depois aperfeiçoadas e expandidas (notas ns. 524 e 526); e havia certamente a *ritualística*, que todavia não deve ser confundida com racionalidade: “*Como todos os processos primitivos, o antigo procedimento germânico era estritamente formal. O litigante que se enganava numa só palavra perdia a demanda, de vez que a fórmula possuía uma importância mágica, e se temiam os inconvenientes do erro*” (Max Weber, *História Geral da Economia*, trad. Calógeras A. Pajuaba, in *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1974, v. XXXVII, p.162). Mais tarde, as duas tradições encontrariam seus pontos simpáticos e se amalgamariam, ressuscitando a racionalidade do processo romano; entre esses pontos simpáticos, cite-se o próprio “*formalismo mágico do comportamento germânico [que] se adaptava muito bem ao formalismo [racional] do Direito Romano, e se traduziu em seus moldes jurídicos. Posteriormente, influuiu, nesse sentido, a monarquia francesa, ao criar o Instituto dos*

O direito dos clãs germânicos era basicamente *consuetudinário*, compondo-se por uma variedade de costumes que variavam entre os clãs e as regiões. Em abordagem weberiana, dir-se-ia que a legitimidade do Direito se revelava pela **tradição**⁵¹⁸, e somente por ela. Não deixaram documentos escritos, a não ser pelas inscrições rúnicas e outras no sudoeste da Alemanha, sem grande interesse para a História do Direito. O estudo do direito germânico antigo funda-se sobretudo em três pilares: **(a)** na obra “*De situe et moribus Germaniæ*” (98 d.C.), de TÁCITO, que compendiou várias instituições germânicas pré-medievais, provavelmente a partir dos escritos de PLÍNIO, o Velho, e de outros autores romanos mais antigos; **(b)** nas chamadas “*leges barbarorum*” (como a *lex Salica*, a *lex Ribuaria*, a *lex barbara Burgundionum*, a *lex Baiuvariorum*, a *lex Frisionum* e a *Ewa Ad Amorem*), redigidas entre os séculos V e IX nos diversos reinos germânicos europeus, que possivelmente reproduziram em grande medida os costumes de seus antepassados (mas não sem a influência decisiva do direito romano justiniano); e **(c)** nos *costumes escandinavos*, que escaparam à romanização e foram tardiamente redigidos (séculos XII e XIII) pelos “*dizedores do direito*” (i.e., o “*laghman*” sueco e o “*lögmaðr*” norueguês), como é o caso da *lei vestrogótia* (Suécia, *laghman* ESKILL), da *lei de Uppland* (Suécia, *laghman* VIGOR SPA), da *lei de Frostathing* (extremo norte da Noruega) e da *lei de Jutlandia* (Dinamarca)⁵¹⁹.

Ante as notórias dificuldades de estudo, como também pela sua exígua importância, optamos alhures por não abordar o direito germânico antigo (§ 7º), para agora examinar,

Advogados, cuja missão principal consistia na correta expressão das fórmulas judiciais. Outrossim, houve a influência do Direito Canônico” (Max Weber, *História geral...*, p.163).

⁵¹⁸ No modelo weberiano, a *legitimidade tradicional* — como nos governos baseados em patriarcalismo, gerontocracia, sultanismo etc. — deriva da *ação* (social) *tradicional*, que é a conduta mecânica em que o indivíduo presta inconsciente reverência a valores considerados evidentes; baseia-se, pois, na crença quotidiana de que as tradições vigentes detém algo de sagrado e, por conseguinte, os que representam a autoridade em virtude dessas tradições exercem um poder legítimo. Na obra de WEBER, a legitimidade tradicional está entre os três tipos puros de legítima dominação (“*Herrschaft*”). *In verbis*: “*Poder tradicional, em virtude da fé na santidade dos ordenamentos e dos poderes senhoriais desde sempre presentes. O tipo mais puro é a dominação patriarcal. A associação de poder é a agremiação, o tipo de quem manda é o “senhor”, o corpo administrativo são “servidores”, os que obedecem são os “súbditos”. Obedece-se à pessoa por força da sua dignidade própria, santificada pela tradição: por piedade. O conteúdo das ordens é vinculado pela tradição, cuja violação inconsiderada por parte do senhor poria em perigo a legitimidade do seu próprio poder, que assenta apenas na sua santidade. Criar um novo direito em face das normas tradicionais surge, em princípio, como impossível*” (Max Weber, “*Três Tipos Puros de Poder Legítimo*”, trad. Artur Morão, in *Três Tipos de Poder e Outros Escritos*, Lisboa, Tribuna da História, 2005, *passim*).

⁵¹⁹ John Gilissen, *Introdução...*, pp.162-165..

mais proficuamente, os sistemas jurídicos germânicos que se consolidaram *após* as invasões bárbaras (Idade Média). Toda a pesquisa histórica a esse respeito baseia-se nos excertos legislativos que a posteridade herdou, como também nas chamadas “*placita*”, que documentam atos jurídicos daqueles tempos⁵²⁰. *Voilà*.

II. Embora cada reino germânico tenha possuído a sua **organização judiciária**, pode-se tomar como paradigma referencial os tribunais ordinários da monarquia franca. Em cada “*pagus*” (condado) havia um ou mais tribunais, designados com a expressão “*mallum*” (ou “*malbum*”). Todo “*mallum*” era composto por homens livres — não raro incapazes de leitura⁵²¹ — e presidido pelo “*comes*” (o *conde*) ou pelo seu substituto (“*thunginus*”, “*centenarius*”); os últimos, por sua vez, eram assistidos por expertos que deveriam dizer o direito (“*legem dicere*” → “*iuris dicere*” → “*iuris dictio*”), baseando-se nos *costumes*. O “dizedor do direito” (dito *Urteifinder* no idioma alemão) possuía capital importância no processo judiciário de tomada de decisões: era *sua* a proposta de decisão que seria aprovada ou desaprovada pelos homens livres chamados a julgar. Aí têm origem, provavelmente, os juizados compostos que ainda hoje subsistem, reunindo juízes togados e leigos, nos quais o juiz togado *propõe* uma certa decisão e os demais a votam (como ocorre, *e.g.*, nos escabinatos da Justiça militar brasileira, ou como ocorria — até o advento da EC n. 24/1999 — com as juntas de conciliação e julgamento da Justiça do Trabalho no Brasil, que reunia juízes togados e juízes classistas). Pode-se entrever, ademais, uma versão transfigurada do sistema romano da “*ordo iudiciorum privatorum*”, onde a solução também era proferida por um especialista (o “*iudex*”), mas só valia em razão do poder de

⁵²⁰ Na dicção de JANE CARPENTER, “*placitum*” (no plural “***placita***”) é uma palavra “*generally used by historians to refer to a specific type of document recording the final composition at the end of a lawe suit; for example, a mutual agreement or a formal royal permission. This usage is attested in early mediavel sources, but the word has a very much wider range of meanings in classical and late Latin. The document now called a placitum appears to have developed only in the sixth century. By the eighth century in France and Italy, the meaning was extended to that of a public court hearing (‘an agreement to appear in court’ or a ‘royal licence for a public hearing’) and later to the whole of a public court-case, across many hearings; and to the document recording the case*” (Jane Carpenter, “*Glossary*”, in *The Settlement...*, p.273). Não raro, eram as próprias “*leges barbarorum*” que impunham o registro dos atos em “*placita*”, como se lê, *e.g.*, na *lex Romana Burgundionum* (XXII, 3). Cf. também Ian Wood, “*Disputes...*”, pp. 12 e 14.

⁵²¹ John Gilissen, *Introdução...*, p.191 (sobre o **direito feudal** europeu): “*Aliás, à parte alguns clérigos, ninguém sabe ler nem escrever; há poucas escolas; os juízes (por exemplo, os vassalos reunidos num tribunal feudal) são incapazes de ler textos jurídicos. A justiça é feita, a maior parte das vezes, apelando para Deus, com a ajuda de ordálios ou de duelos judiciais. Enfim, a maior parte das relações entre os homens, que nascem das convenções próprias feudo-vassálicas, soa regidas pelo costume que fixa as obrigações duns e doutros*”.

“*imperium*” que lhe era delegado (e que não era detido pelo “*iudex*”, mas pelo pretor, representante dos cidadãos, que o outorgava mediante o “*iudicium*”). No entanto, saber o quanto desse modelo inspirou-se nos sistemas romanos e o quanto provém das tradições germânicas já não é possível.

Entre os francos, os “dizadores” foram chamados “*rachimburgii*” e, depois (780 em diante), “*scabini*” (donde a expressão moderna — “escabinatos” — para esse tipo de composição judiciária); entre os frisões, houve o “*asega*”; e entre os escandinavos, o “*laghman*” ou “*lögmaðr*”, como visto. Normalmente, essas funções eram ocupadas pelos anciãos do condado, mais vividos e experientes e, por isso mesmo, mais afeitos aos costumes do seu grupo social. Provavelmente, colaboraram também na redação das “*leges barbarorum*” (que não chegaram a ser *leis* no sentido formal ou material hodierno, mas meros repositórios escritos dos costumes, às vezes aprovados pela autoridade); assim foi, p. ex., com WLEMARUS e SAXMUNDUS — ambos designados “*asega*” —, que ditaram boa parte da *lex Frisionum*⁵²².

No aspecto procedimental, pode-se pontuar que, de modo geral, as “*leges barbarorum*” encerravam três padrões distintos de **garantias processuais** (em acepção contemporânea), que variavam de maior a menor intensidade: (1) a **devida forma**, condicionando os provimentos judiciais à observância dos ritos competentes; (2) o **direito de prova**, se bem que aprisionado por formalidades — parte da herança do direito justinianeu (*supra*, tópico 7.3.4, III) — e regido por disciplinas estéreis em racionalidade (mas, ainda assim, uma garantia); e (3) o **direito à transação judicial**, como forma legítima de encerrar litígios e preservar interesses maiores.

Nessa linha, merece especial atenção a *lex Romana Burgundionum*, ditada pelo rei burgúndio GONDEBAUD (474-516) ou por seu filho SIGISMUND, já sensivelmente romanizada e repleta de normas de direito processual⁵²³. Nos casos criminais mais graves, ditos de “*obiectio criminum maiestatis*” (como possivelmente eram os casos de

⁵²² *Idem*, pp.172-173.

⁵²³ Cf., por todos, F. Beyerle, *The Burgundian Code*, trad. K. Fischer, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1949, *passim*.

homicídio e como certamente eram os de traição), o acusador tinha de se sujeitar a certas penalidades caso não lograsse fazer provas bastantes do crime imputado ou de sua autoria. Ainda em seara processual penal, se não houvesse outras evidências, o réu podia livrar-se da acusação se jurasse não ter praticado o delito, apresentando em juízo doze parentes que com ele jurassem o mesmo (“*iuratores*”)⁵²⁴. Já nas disputas civis (“*lites*”), o autor tinha de fazer saber ao réu o conteúdo de suas pretensões, por escrito (= garantia da forma), com precedência de três dias antes do comparecimento de ambos à corte (*lex Romana Burgundionum*, XI, 1). Para ações possessórias, exigia-se prova documental da posse precária, bem como a assinatura em escrituras de doação ou testamento; mas, por outro lado, assegurava-se apropriadamente a produção de tais provas (*Liber Constitutionum*, XLIII, 1; *lex Romana Burgundionum*, XXXV, 2). Enfim, chega-se a identificar, na *Liber Constitutionum* (que compendiou toda a legislação oficial burgúndia), até mesmo uma protoformação da garantia de *duração razoável do processo* (a par daquele tripé basal de garantias), consistente no dever judicial de prolatar os julgamentos dentro de três meses (*Liber Constitutionum*, LXXXI, 1)⁵²⁵.

Regras de procedimento também se leem na *lex Visigotorum* (que chegou a conviver com o direito muçulmano na Península Ibérica) e, menos copiosas, na *lex Ribuariorum* e na *lex Salica* (essa contém sobretudo disposições de caráter jurídico-penal, ocupando mais de três quartos de seus títulos, que — conforme a versão examinada — variam de 65 a 100).

Entretanto, até nas “*leges barbarorum*” menos zelosas com o regramento procedimental, podem-se entrever aqueles mesmos padrões de garantia (*supra*). Fiquemos

⁵²⁴ Ian Wood, “*Disputes...*”, p.15: “[...] in normal circumstances proof depended entirely on the accused being permitted, being prepared and being able to swear with at least twelve other oath-takers”. Na prática, os “*iuratores*” funcionavam como *testemunhas*, embora menos fidedignas que as testemunhas “imparciais”; na definição de CARPENTER, “the word *iurator* is to be found primarily in Frankish or Frankish-derived law, but it is also used in the Burgundian Code. Oath-takers could be summoned to testify to the extent of a man’s property and over issues of theft, dowry, loss to an enemy and slavery. They could also be called upon to support a defendant’s assertion of innocence in litigation where there was no evidence: this overlapped with the role of oath-helping” (“*Glossary*”, p.272). Modelo similar era seguido pelo *Pactus legis Salicæ* (XIV, 2-3), embora com variações quanto ao número de “*iuratores*”.

⁵²⁵ Ian Wood, “*Disputes...*”, pp.10-12.

com a *lex Salica*⁵²⁶. Nela, a maior parte dos artigos possui um ou dois termos frâncicos precedidos da abreviatura “*malb.*” (que provavelmente vem de “*malberg*” ou “*malbum*” — designação usual dos tribunais francos, como já se viu). A essas expressões — que BEYERLE chamou de *glosas malbérgicas* — atribui-se comumente a função de **fórmulas**⁵²⁷, que o queixoso necessariamente deveria pronunciar perante o tribunal para instaurar em juízo o dissídio. Assim, p. ex., no artigo 1º do título IV (“*De furtis porcorum*”), dispôs-se o seguinte:

“Si quis porcellum lactantem furaverit, et ei fuerit adprobatum (malb. chrane calcium, h.e.) CXX dinarios qui faciunt solidos III culpabilis iudiceter”.

Segundo GILISSEN, o termo “*chrane*” viria de “*hrann*” (= recinto vedado), enquanto o termo “*calcium*” viria de “*galza*” (= báculo ou pequeno leitão), de modo que “*chrane calcium*” era a expressão que o lesado deveria pronunciar solenemente perante o “*malbum*”⁵²⁸. Eis a **forma** como estrita garantia do réu, sem a qual não poderia ser perseguido “*in iudicio*”.

Aceita a queixa, o tribunal sálico presidia um inquérito, cuja primeira tarefa era formalizar a audição de testemunhas. Se, porém, não as houvesse, pesava sobre o réu o ônus de provar a falácia da acusação; fazer tal prova era, à maneira dos sálicos, um *direito* do acusado. Porém, não tendo testemunhas, só podia libertar-se da acusação por uma *ordália* ou “*iudicium Dei*” (como, e.g., as que eram feitas com água fervente — “*inius*”⁵²⁹

⁵²⁶ A *lex Salica* não se aplicava apenas aos francos, mas também aos romanos, mesmo quando suas disputas não envolvessem seus vizinhos bárbaros (o que denota a progressiva assimilação do *princípio da territorialidade*, em detrimento daquele de *personalidade*). E, sobre ser menos romanizada, sofreu certamente influência do Direito Romano e do pensamento social vigente entre os povos dominados. O próprio *Pactus legis Salicae* — que *precedeu* a *lex Salica* — revela certo hibridismo em seus procedimentos: enquanto o cômputo das noites nos prazos processuais, assim como as contagens em unidades de dez dias, eram elementos genuínos da tradição jurídica germânica, as contagens de prazo em grupos de sete dias — que também se encontram no mesmo *Pactus* — já revelavam a influência da “semana” judaico-cristã. Cf. Ian Wood, “*Disputes...*”, p.11 (denotando certa dúvida — “*may be*” — quanto à origem germânica dos prazos múltiplos de dez dias).

⁵²⁷ Sobre o uso das “*formulae*” nos demais processos germânicos da Alta Idade Média (para além da *lex Salica*), cf. Ian Wood, “*Disputes...*”, pp.08-09 e 13.15.

⁵²⁸ John Gilissen, *Introdução...*, p.178.

⁵²⁹ “*More important is the iniis, whereby the accused plunged his hand into a cauldron of hot water in order to prove his innocence. Although on occasion this procedure applied specifically to members of the leudes and to antrustions, in two instances it is laid down as the practice in the trial of Romans but not Salians. It is*

— ou com ferro em brasa), ou então se sujeitando ao *duelo judiciário*⁵³⁰. Eram raríssimos os ensejos para provas documentais⁵³¹. Assim, um “direito” aparentemente consagrado terminava sepultado pela credence dos costumes.

Sucumbente o réu, assegurava-se ao autor o direito à vingança privada, à maneira dos primeiros clãs (“*Faida*”). Todavia, assistia ainda ao condenado a possibilidade de “comprar” o direito de vingança de seu oponente; para tanto, pagar-lhe-ia o “*Wergeld*”⁵³², que era a soma necessária para quitar a “*Faida*”. Assomava, assim, a figura da *transação judicial* (nomeadamente em seara penal), que hodiernamente se incorpora à concepção **garantista** do processo⁵³³, em perspectiva *tridimensional* (como se verá, *infra*, no tópico 26.1): na perspectiva do *réu* (que, ao transigir, evita a sanção penal e/ou a execução civil), na perspectiva do *autor* (que obtém, com a transação, uma satisfação mais célere e melhor direcionada, com ganhos para a *efetividade processual* que é, hoje, uma das ideias-força do devido processo legal) e também na perspectiva da *sociedade* (a solução concertada é, em geral, a que traz maior conforto psicológico e a que melhor previne rediscussões ou litígios secundários, donde os esforços recentes em torno da chamada Justiça Restaurativa — *infra*, tópico 23.2).

therefore at least likely that the origins of this form of iudicium Dei, like those of oath-taking, lie as much in Roman vulgar or ecclesiastical law as in Germanic tradition” (Ian Wood, “*Disputes...*”, p.19).

⁵³⁰ Conquanto as ordálias já fossem conhecidas do Direito Romano antigo (pré-XII Tábuas), o *duelo judiciário* (“*trial by combat*”) parece ser genuinamente germânico: “*It appears that this second method of proof is Germanic in origin and that it was taken more seriously than the oath by the Burgundians, but it is not much in evidence in the sixth century, apart from one substantial and savage anecdote concerning royal forest rights in Gregory of Tours, where Guntram commanded that a forester, who had accused Chundo of killing a buffalo, should fight the latter’s champion. Both forester and champion died, while Chundo has stoned to death*” (Ian Wood, “*Disputes...*”, p.18 — g.n.).

⁵³¹ Ian Wood, “*Disputes...*”, p.12.

⁵³² A palavra “*Geld*”, em alemão moderno, significa “dinheiro” (o que sintetiza bem o que significava, para o lesado, a concessão da “*Wergeld*” sob o rito sálico).

⁵³³ Nos estritos lindes do **processo penal**, merece menção o quanto pontuado por FERRAJOLI, na obra que popularizou o “**garantismo penal**” (mas cujas premissas valem para a maior parte das ideias que exporemos neste estudo: “*El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral [...]. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales*” (Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000, p.884).

Assim é que, na *lex Salica*, hauriram-se dos costumes germânicos subsídios para um tabelamento quase exauriente dos possíveis casos litigiosos, de modo a prevenir, com a maior abrangência possível, atos de execução pessoal da “*Faida*”. Redigiram-se dezenas de artigos para prefixar o “*Wergeld*”, nas mais diversas hipóteses (homicídio, roubo, furto, etc.), atentando inclusive para o tipo de objeto furtado (bácoro, porco grande, porca, cavalo, etc.)⁵³⁴. Era a famosa “tabela das composições” (semelhante ao que se vê, hoje, na jurisprudência de certos Estados norte-americanos — que “tabelam” as indenizações por danos morais — e mesmo em algumas legislações, como se deu, no Brasil, com a Lei n. 5.250/67⁵³⁵).

Além disso, a *lex Salica* ainda tratou, em inúmeros títulos, de aspectos procedimentais os mais diversos, como a forma de se citar em juízo, a forma de se provar um fato, o modo de pagamento das composições (“*Wergeld*”), os procedimentos para perseguir o devedor que se recusasse a pagar, etc. Nada, porém, a merecer destaque apartado: quando veiculavam alguma forma de garantia, cingiam-se àqueles três aspectos já citados.

Como se vê, não se percebem nos sistemas jurídicos do alto medievo quaisquer avanços sensíveis em direção ao *devido processo formal*, seja como “*praxis*”, seja como conceito. As débeis garantias há pouco citadas não são mais do que aquelas mesmas outrora reconhecidas, com alguma variação, pelo Direito Romano. Reformularam-se os

⁵³⁴ John Gilissen, *Introdução...*, p.179.

⁵³⁵ Que foi considerada *contrária* à Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (cf. STF, ADPF n. 130/DF, TP, rel. Min. AYRES BRITTO, j. 30.04.2009, in *Informativo STF* n. 544), em 2009; e, logo, não recepcionada pela ordem constitucional em vigor. In verbis: “O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa [...]. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que entendeu, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Afirmou que isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral”.

instrumentos, quicá os arrefecendo, aqui e ali (assim, p. ex., em relação àquelas garantias que se haviam consolidado na “*cognitio extraordinaria*” romana, como a motivação das decisões e o processo contraditório, e que não se descobrem facilmente nas “*leges barbarorum*”). Nada se adquiriu em acréscimo.

III. Mas é no **século XI**, às portas da Baixa Idade Média (séculos XIII a XV), que se pode identificar o contributo mais relevante do direito germânico medieval às garantias do processo e à própria ideia do devido processo legal substantivo.

Geograficamente, designamos por *Germânia* a reunião de quatro ducados tribais, ainda na Alta Idade Média, pela ação militar dos francos (que também os cristianizaram): a Suábia (Alemanha setentrional), a Baviera, a Francônia e a Saxônia, às quais foram depois anexadas a Frísia e a Lotaríngia (essa última inteiramente romanizada)⁵³⁶. No início, os reis germânicos encontraram no direito público romano pós-clássico um reforço à sua própria autoridade⁵³⁷; logo, não havia razões para lutar contra ele. Ademais, era notável a diferença entre o grau de sofisticação do Direito Romano e a rudeza dos direitos germânicos, de tal modo que, se decidissem impor seus próprios sistemas jurídicos, os invasores germânicos precipitariam entre os dominados uma verdadeira degeneração de costumes⁵³⁸. Daí porque,

⁵³⁶ Convém lembrar que OTO I havia conquistado inúmeros territórios para a dinastia saxônica continental, consolidando o denominado **Sacro Império Romano-Germânico**, numa época em que somente se consideravam imperadores os que fossem coroados, em Roma, pelo Papa. Grosso modo, os seus domínios estenderam-se, pela geografia atual, da Alemanha à França, e daí à Itália. Mas esses domínios sempre foram contestados, externa (o papa JOÃO XII confrontou OTO, que mandou julgá-lo em um concílio eclesiástico sob as acusações de assassinio, perjúrio, sacrilégio e licenciosidade) e internamente (os territórios italianos foram sempre revoltosos, a ponto de exigirem expedições de rotina para a manutenção do domínio germânico).

⁵³⁷ John Gilissen, *Introdução...*, p.167.

⁵³⁸ Essa ilação — assim como, em geral, o emprego da expressão “bárbaros” para designar, na Antiguidade e na Alta Idade Média, os povos não romanos (como, aliás, já fizemos *supra*) — deve ser tomada “*cum grano salis*”. A ideia de que os direitos germânicos e os seus procedimentos eram mais “irracionais” que o Direito Romano prova-se em relação ao direito aplicável na sede do Império, mas pouco se sabe do direito aplicado pelas cortes romanas das províncias menores ou mesmo sobre o chamado “*direito romano vulgar*”, que se consolidou no ocaso do Império Romano do Ocidente e reuniu conteúdos que não coincidiam exatamente com o direito ditado pelos editos imperiais, pelos atos oficiais romanos ou pelos escritos dos juristas clássicos. Nas palavras de IAN WOOD, “*this [the assumption that Germanic law is more ‘irrational’ than its Roman counterpart] is a particularly dangerous approach, given that very little is known about Roman procedure outside the great courts of the empire. The wordings of Roman vulgar law in minor provincial courts are completely obscure. Nevertheless it is possible to look at some of the procedures followed in sixth-century dispute settlement and to make suggestions about their origins; in particular, it is possible to examine methods of proof used in law-suits and to make deductions about the development of law in the sub-Roman*

a partir do século V, prevaleceu no Ocidente o *princípio da personalidade*, pelo qual os vencidos podiam viver segundo o seu próprio direito, conforme a sua cidadania originária⁵³⁹.

No entanto, a reunião política dos seis ducados trouxe a necessidade da *territorialização* do direito, afastando-se o princípio da personalidade, inclusive como forma de repelir o risco da fragmentação territorial. Aos poucos, costumes imemoriais foram sendo reduzidos à lei escrita, aglutinando-se com elementos do Direito Romano. Ao tempo do rei sálico CONRAD II, que revivesceu o romanismo entre os germânicos e produziu uma estrutura administrativa e judiciária intensamente centralizada, teve origem o chamado *Império Franco* (“*Franconian Empire*”), que se estendeu da sua eleição, em 1024⁵⁴⁰, à morte de HENRY V, em 1125. No afã de preservar o apoio de condes e vassalos ao seu governo e de adaptá-lo às novas conjunturas socioeconômicas da Baixa Idade Média (o renascimento comercial, a estabilidade da monarquia saxônica, o recrudescimento dos movimentos sociais e a hegemonia germânica — o “*Kaiserzeit*” — a partir da coroação de

period” (Ian Wood, “*Disputes...*”, p.08). De resto, o que se sabe vem de textos literários, históricos e hagiográficos avulsos, como os de GREGORY OF TOURS (“*Decem Libri Historiarum*”). Sendo assim, considerando-se toda a extensão do Império Romano (e, por extensão, todo o sistema jurídico imperial, abrangente dos direitos/procedimentos que se praticavam nas províncias mais longínquas), não se poderia afirmar, de modo tão peremptório, a “racionalidade superior” do gênio jurídico romano. À mercê das lacunas históricas, a generalização será sempre tendenciosa.

⁵³⁹ Evidentemente, houve matizações na aplicação desse princípio, e muitos espaços europeus foram desde cedo dominados pelo **princípio da territorialidade**, que seria hegemônico após a constituição do Estado moderno. Segundo GILISSEN, “*distinguiram-se muito cedo três regiões: nas províncias pouco romanizadas do Norte do Império Romano do Ocidente (Bélgica, Norte da França, Vosgos, etc.) o direito germânico dominou, salvo talvez em alguns centros mais fortemente romanizados (por exemplo certas cidades, tais como Trêves, Colônia, Reims). Pelo contrário, nas regiões profundamente romanizadas do Sul da Gália e sobretudo das penínsulas ibérica e itálica, onde a corrente germânica chegou fortemente enfraquecida, dominou um direito romano, sobrevivente do Império e ligeiramente modificado pela germanização. Entre estas duas zonas de romanização e germanização mais ou menos intensas, subsistiu durante dois ou três séculos uma zona intermédia onde se desenvolveu o princípio da personalidade do direito. Esta zona cobre o Centro da França, o Norte da Itália, o Sudoeste da Alemanha, a Suíça e a Áustria. Desapareceu progressivamente do século VII ao XI, sob pressão das duas outras zonas que acabaram por submergi-la, deixando apenas subsistir uma fronteira que se estendia da ilha de Oléron à Áustria passando por Charente, Auvergne, Ródano a este de Lião e a cadeia setentrional dos Alpes. [...] Esta fronteira demarcará na Idade Média e nos tempos modernos a separação entre os “países de direito consuetudinário”, mais influenciados pelo direito germânico, e os “países do direito escrito” que permaneceram sob a influência romana*” (Introdução..., pp.167-168).

⁵⁴⁰ A coroa germânica deixou de ser hereditária com a morte de LUÍS, o Filho, a terminar a linhagem sucessória iniciada com LUDOVICO PIO. Desde então, os reis passaram a ser eleitos pelos grandes vassalos, considerando-se legítima a escolha que fosse referendada pelo Papa, em ato de coroação na própria cidade de Roma (cf. Sabine Baring-Gould, Arthur Gilman, *Historia da Alemanha*, trad. Siro García del Mazo, 3ª ed., Madrid, El Progreso, 1862, pp.81-82).

CARLOS MAGNO em 962), CONRAD II editou, em 28 de maio de 1037 (século XI), um **edito** que, dirigido inicialmente à Lombardia, reduziu a escrito diversos conteúdos do direito feudal consuetudinário de antanho (em especial quanto às práticas de transmissão de propriedade) e ganhou *foros de universalidade* na Europa (a ponto de ser apontado como a *fonte* de onde se extraíram trechos significativos da própria *Magna Charta* inglesa, de 1215⁵⁴¹). Com efeito, o decreto feudal de 1037 trouxe a primeira descrição conceitual do **devido processo legal**, em acepção **substantiva** e **adjetiva**, explicitamente disposto como **garantia** dos cidadãos germânicos (àquele tempo, dos *vassalos*). *In verbis*:

“[...] firmiter statuimus: ut nullus miles episcoporum, abbatum, abbatissarum aut marchionum vel comitum vel omnium, qui beneficium de nostris publicis bonis aut de ecclesiarum prediis tenet nunc aut tenuerit vel hactenus iniuste perdit, tam de nostris maioribus valvasoribus quam et eorum militibus, sine certa et convicta culpa suum beneficium perdat, nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum”.

O edito de 1037 consagrou, na expressão “*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*”, a **legalidade** em sua acepção mais ampla (inclusiva dos próprios *costumes*), especialmente quanto à perpetuidade dos feudos e à proteção do “*ius utendi et fruendi*”, esboçando a primeira noção de devido processo legal substancial (paradigma “*no taking from A and giving to B without due process of law*”, ou simplesmente “*A-to-B*”⁵⁴²), com expressão semelhante àquela que o rei JOHN DE ANJOU, alcunhado JOHN THE LACKLAND (João Sem-Terra), utilizaria na *Magna Charta Libertatum* (“*lex terrae*” ou “*law of the land*”). Da mesma forma, a cláusula “*iudicium parium suorum*” positivou a garantia de que nenhum homem seria privado de um feudo, sob a autoridade do imperador e/ou de um senhor feudal, senão pelo *juízo de seus pares*, convergindo para a noção moderna de devido processo legal formal (paradigma “*no making a man a judge in his own case*”⁵⁴³), outra vez em moldes semânticos próximos à *Magna Charta* (“*legale iudicium parium*” ou “*the lawful judgement of his peers*”). A partir do edito de CONRAD II, o

⁵⁴¹ Nesse sentido, cf. William Stubbs (que é autor britânico), *Germany in the early middle ages: 476-1250*, London, A. Hassal, 1908, p.29 (“[...] *an expression which is copied in our own Magna Carta* [...]”). Cf. também, no Brasil, Ruitemberg Nunes Pereira, *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp.20-21 (citando o próprio STUBBS).

⁵⁴² Cf., por todos, John Orth, *Due Process...*, pp.33-50. Volveremos a isso no § 10º.

⁵⁴³ *Idem*, pp.15-32, e nota n. 242 (*supra*). Volveremos a isso no § 10º.

sistema de feudos hereditários já não se subordinava às meras regras costumeiras ou à pura vontade do suserano, uma vez que o exercício açodado do direito de confisco, ou mesmo o de pôr fim a um ducado após a morte do último proprietário, carregaria, aos nobres e aos senhores feudais maiores, as reprimendas do monarca; e, ao próprio monarca, a oposição de todo o corpo feudal⁵⁴⁴.

Por isso, pode-se afirmar, com STUBB⁵⁴⁵ e CUSHMAN⁵⁴⁶, que a primeira formulação juspositiva do **devido processo legal** não remonta à *Magna Charta* de 1215, mas ao **edito de CONRAD II**, no ano de 1037 — quase *dois séculos* antes.

Distinguindo, porém, os substratos históricos subjacentes ao edito germânico de 1037 e à carta inglesa de 1215, NUNES PEREIRA salienta que, na Inglaterra, as concessões da *Magna Charta* não se lograriam sem as contundentes instâncias do baronato inglês junto ao soberano (como se verá adiante, no tópico 8.2.4); por outro lado,

“na Alemanha Medieval a regra de justiça, equidade e segurança registrada no Decreto Feudal de Conrado II, decorrente da obrigatoriedade da observância das *Laws of the Empire* e do princípio procedimental do *Judgement of his peers*, surge em uma conjuntura muito mais harmoniosa que aquela que vamos encontrar, posteriormente, na Inglaterra. [...] Basta dizer, para corroborar tal conclusão, que as pautas de justiça no trato da aquisição e transmissão da propriedade, e de respeito à regra da hereditariedade do feudo pelos legítimos herdeiros do anterior proprietário, tema central do decreto alemão, não são estabelecidas pela pressão, mínima que seja, dos barões feudais ou dos vassalos, em relação ao Estado. São normas jurídicas que vêm estatuídas pelo próprio governo imperial, *motu proprio*”⁵⁴⁷.

E conclui:

“Os interesses dessas concessões não importam (poderiam até ser discutíveis). O fato é que, nesse aspecto, a Alemanha, bárbara e de costumes

⁵⁴⁴ Stubbs, *Germany...*, pp.146-147.

⁵⁴⁵ *Idem, ibidem*.

⁵⁴⁶ Robert Cushman, “*Due process of law*”, in *Encyclopaedia of the social sciences*, Edwin R. A. Seligman (ed.), New York, The Macmillan Company, 1944, v. 5, p.264 (verbete “*DUE PROCESS OF LAW*”).

⁵⁴⁷ Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.24-25.

provincianos, que seria de espanto e ignomínia para as nações européias, se mostrava muito mais avançada no campo da regulamentação e da proteção dos direitos fundamentais, assim entendendo a origem germânica e a configuração atual da cláusula do devido processo legal como autêntica proteção dos direitos fundamentais e do seu conteúdo essencial (*Wesensgehaltgarantie*)”⁵⁴⁸.

De fato, ainda que CONRAD II pretendesse, com as outorgas do edito de 1037, cooptar o nobreza e a vassalagem, compondo um exército permanente para repelir ameaças externas e aplacando o descontentamento interno com doações generosas e prerrogativas dominiais, é inegável que os germânicos “bárbaros” foram pioneiros na instituição de reservas às prerrogativas do soberano, tanto no plano processual (garantindo o julgamento pelos pares, na esteira de uma tradição de tribunais leigos coletivos que já vinha da Antiguidade — v., *e.g.*, a nota n. 285), como no plano material (na perspectiva da ampla legalidade, abrangente dos costumes do povo germânico). E o fizeram de maneira relativamente serena e concertada, ao contrário do que se veria na Inglaterra do século XIII — o que termina por conferir, a essa aquisição histórica do direito universal, valor relativo ainda maior, quando se pensa, hoje, na visceral correlação entre direitos fundamentais e democracias.

Ao mais, é notório e inapelável o **salto qualitativo** que o gênio germânico pós-*lex Salica* emprestou à temática das *garantias processuais*. Até então, os mecanismos processuais que serviam à garantia da pessoa desempenhavam tal papel “*in praxis*” (i.e., inferidos por indução), jamais “*in conceptu*”. Com o decreto feudal de 1037, porém, o garantismo assume dimensão *abstrata* (= leis do império, julgamento pelos pares); logo, passa a se revelar “*in conceptu*”, permitindo inferências por dedução. Para mais, adquire **dignidade política** (em função de seu próprio contexto histórico), relevando pela primeira vez a natureza que conduziria o devido processo legal ao rol dos *direitos fundamentais da pessoa humana* (de 1ª geração), com **eficácia vertical** em face do Estado⁵⁴⁹. Por fim, releva

⁵⁴⁸ *Idem*, p.25.

⁵⁴⁹ Como observa NUNES PEREIRA, “a par de que as atuações de fato se dêem por meio de antecipada previsão legal das leis do império e nos seus estritos limites, faz-se necessária a observância dos **procedimentos de aplicação da norma legal**. Afasta-se, portanto, a auto-executoriedade ou auto-integração dos comandos legais, coroando-se o mecanismo de hetero-integração. Nesse sentido, **ainda que houvesse razões legais para a privação da posse da terra feudal, tal privação não prescindia do reconhecimento**”

observar que o *devido processo formal* aparece vinculado, em seu mais remoto nascedouro, ao *devido processo substancial*, inaugurando uma conexão ontológico-funcional que os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica perderiam com o tempo (e que pretendemos, ao final, resgatar).

8.1.2. INGLATERRA (séculos IX a XIII)

I. Os procedimentos judiciais e os modos de solução pública de conflitos na Inglaterra medieval anglo-saxônica mereceu pouca atenção dos historiadores, seja na História do Direito, seja na própria História dos costumes⁵⁵⁰. Os olhares mais cuidadosos partem da casuística documentada a partir de 1066 (século XI), sendo que o papel inglês na construção do “*due process of law*” só é alçado à primeira grandeza com o advento das *leges Henrici Primi*, da *Unknown Charter* e sobretudo da *Magna Charta* (documentos que estudaremos à parte, *infra*). Explica-se, assim, a delimitação cronológica do presente tópico: explorar-se-á tão só o direito anglo-saxônico produzido entre cerca dos 800 e a outorga dos textos fundamentais do século XIII (tópicos 8.2.2 a 8.2.4).

II. Nas palavras de MAITLAND e POLLOCK, o direito anglo-saxão dos primeiros tempos não era apenas arcaico, mas revelava um tipo especialmente puro de arcaísmo germânico (como se sabe, os *saxões* eram germânicos — tópico 8.1.1, III, *supra*). Logo, se

*processual, chancelado em rudimentares ritos de processo civil colegiado, do qual participavam diversos membros da sociedade feudal (iudicium parium suorum). [...] Resta consagrada, desse modo, a legalização e procedimentalização dos mecanismos de proteção dos direitos individuais relativos à propriedade e posse, concernentes não aos direitos em si ou à sua consubstanciação, mas sim à observância das formalidades previstas em norma legal contra as hipóteses de violação de direitos. Assim sendo, a estipulação de que as privações de direito somente podem ocorrer com a previsão das leis do Império e mediante adequado e formalizado processo coletivo assume um nítido caráter liberal, entendido como uma forma de limitação negativa da atuação de soberanos e nobres, em prol da salvaguarda dos direitos e interesses dos menos favorecidos da sociedade, que, sendo, em regra, ilimitados, só podem ser restringidos nas hipóteses e com a observância das formalidades legais” (Princípio..., p.26 [g.n.]). Divergimos, aqui, em apenas dois pontos: (a) o edito de 1037 não sufragou o princípio da legalidade como hoje o conhecemos, amiúde circunscrito à ideia de lei em sentido material (*supra*, nota n. 268), mas — como explicitado no texto principal — vinculou desapossamentos e privações de direitos ao que diríamos ser o “direito objetivo constituído” (“*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*”), o que possivelmente alcançava os próprios costumes; (b) o processo era eminentemente individual (o genuíno processo coletivo é uma conquista bem mais recente), sendo “coletivos” tão só os tribunais (colegiados).*

⁵⁵⁰ Patrick Wormald, “*Charters, law and the settlement of disputes in Anglo-Saxon England*”, in *The Settlement...*, p.149.

é possível reconhecer a existência de um *sistema judicial regular* no ordenamento anglo-saxão medieval, dir-se-á forçosamente ter sido de um tipo altamente arcaico. Os fragmentos escritos insinuam especial preocupação com a persecução de crimes como o homicídio culposo, as lesões corporais e o abigeato. Tal como os procedimentos, as formas eram complicadas, duras e inflexíveis; erros de forma eram provavelmente *fatais* em todos os estágios do processo. A apuração de evidências seguia regras arcaicas, em nada semelhantes ao direito probatório hodierno, e o *juramento* era o meio primário de prova (um juramento dirigido à afirmação da justiça da pretensão ou da resistência, não à afirmação de um fato específico). A noção de repartição do ônus da prova, se pressentida, era assimilada antes como um *favor* àquele que dele não precisaria se desincumbir, sem qualquer racionalidade metodológica. Havia corpos judiciais, mas o rei também tinha funções judiciais, exercitando poderes especiais e reservados em situações excepcionais. A própria estrutura do sistema jurídico privilegiava o sentido de defesa pessoal, não o interesse coletivo⁵⁵¹. Disso se deduz que, para MAITLAND/POLLOCK, o processo anglo-saxão alto-medieval era bem pouco publicístico.

WORMAND⁵⁵² refutou parcialmente essas teses, sugerindo que MAITLAND e POLLOCK partiram de um conjunto amostral não representativo, por reunir basicamente casos resolvidos em favor da Igreja (direta ou indiretamente, imediata ou eventualmente) — razão pela qual precisamente *esses* documentos teriam sido preservados. Propõe a consideração referencial de outros fragmentos, alusivos a processos iniciados na Inglaterra em 824 (*Archbishop Wulfred's 824 case*) e por volta de 958 (*Ælfhere's case*), que foram ignorados por MAITLAND/POLLOCK; e, a partir deles, conclui que **(a)** a tecnologia processual servia a interesses bem mais vastos que a persecução oficial em casos de homicídios, lesões ou abigeatos; **(b)** a par do valor probante dos juramentos (por vezes conclusivo), também se buscava alcançar a verdade sobre fatos específicos (“*the truth of specific fact*”), mediante provas documentais, testemunhas que as referendassem e outras

⁵⁵¹ F. W. Maitland, F. Pollock, *History of English Law*, 2nd ed., Cambridge, S. F. C. Milsom, 1968, v. I, pp.38-46.

⁵⁵² Patrick Wormald, “*Charters...*”, pp.146-168. Cf. também, do mesmo autor, “*Bede, the Bretwaldas and the Origins of the Gens Anglorum*”, in *Ideal and Reality in Frankish and Anglo-Saxon Society: studies presented to F. M. Wallace-Hadrill*, P. Wormald, D. Bullough, R. Collins (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1983, pp.99-129.

“evidências realísticas”, (como se deu nos *cases* de 824 e de 958)⁵⁵³; (c) as evidências escritas tiveram basicamente a mesma proeminência no processo anglo-saxão medieval, tanto no alto medievo (“*Edgard’s time*”) como nas suas formulações mais recentes (“*Henry II’s time*”)⁵⁵⁴; (d) a retórica do processo anglo-saxão dos primeiros tempos era participativa e comunitária, exigindo-se do julgador uma “*expertise*” essencialmente leiga (bastando ter experiência, tirocínio e capacidade mnemónica: “*to be “old” as well as “wise” to remember events sixty years before*”⁵⁵⁵); e (e) a Coroa inglesa dos primeiros séculos alimentava uma ideia ambiciosa e agressiva de *responsabilidade pública*, a ponto de se diagnosticar um certo “*continuum*” ideológico entre a impunidade judiciária e a própria traição (especialmente na persecução dos “*unamendable crimes*”, como a feitiçaria e a evasão fiscal⁵⁵⁶). Logo, na perspectiva de WORMAND, o processo anglo-saxão alto-medieval detinha, sim, carácter publicístico — e, nalguns ensejos, assaz carregado.

De todo modo, opte-se por uma ou por outra interpretação dos excertos históricos, pode-se rematar que (1) o direito à prova, se existente, convivia com métodos irracionais de solução de conflitos, como a admissibilidade dos juramentos com efeitos de prelação judiciária (notadamente nas causas — que não eram poucas — envolvendo a Igreja); e (2)

⁵⁵³ No Archbishop Wulfred’s 824 case, “it was decided by what can be considered ‘*rational*’ means — evidence of fact, and documents above all. The smell of ink hovers over the whole story, from the multiple copies of Æthelric’s will to the libri clutched by Bishop Heahberth to his chest. Perhaps most significant is the ‘over-kill factor’: the libri surely included Æthelric’s will, but it was thought to need reinforcement. **One does not fabricate superfluous written evidence if one expects to win by out-swearing or out-remembering one’s opponents**” (Patrick Wormald, “*Charters...*”, p.157 — g.n.). Já no Ælfhere’s case, reclamaram-se diversas evidências materiais (“*statement of claim*”, “*vouching to warrant*”, “*proof of ownership*”) para a prolação do veredicto final (*idem*, p.160). Disso tudo resulta que o direito probatório aplicável à época não poderia ser, afinal, tão “irracional” e distante do direito probatório praticado hoje em dia.

⁵⁵⁴ Patrick Wormald, “*Charters...*”, pp.160-161.

⁵⁵⁵ Patrick Wormald, “*Charters...*”, p.164. Segundo WORMALD (p.163), “*professional iudices*” só existiram nas áreas fortemente influenciadas pelos costumes escandinavos (notadamente dinamarqueses). Por outro lado, era bem conhecido o papel do “*se scyresman*” (= “*the shire man*”), que provavelmente representava o **rei** nas demandas que interessavam à Coroa (pp.162-163). “*Shires*” eram os antigos condados (“*counties*”) ingleses, para os quais havia *comissários* (“*the king’s reeve*”), que eram os “*shire-men*” ou “*shire-reeves*” (= “*scirgerefa*”). Essa é a expressão que, em corruptela, originou a palavra “**sheriff**” (= xerife) — palavra que, curiosamente, associamos mais à figura da *autoridade policial* (quicá por influência da experiência norte-americana e do próprio cinema hollywoodiano) que à *representação do Estado em juízo e/ou fora dele*. Na definição de CARPENTER para o vocábulo “*Sheriff*”, lê-se que, “*in England, the reeve (or steward) of the shire was the official primarily responsible for English administration and justice at local level. Originally subordinate in theory to the ealdorman [a senior provincial officer], but there is evidence from c. 1000 that he had his own direct links with the king, in judicial and other matters, and the writ [letter establishing authority] was often addressed to him*” (“*Glossary*”, p.274 — g.n.).

⁵⁵⁶ Patrick Wormald, “*Charters...*”, p.165.

revigorou-se o apego à *forma*, seguindo a tendência romana tardia que se distanciou da oralidade primacial das “*legis actiones*”. Logo, também aqui — tal como nos sistemas germânicos da Alta Idade Média (*supra*, 8.1.1) — as parcas garantias processuais só existiam “*in praxis*”, como rudimentos não conceptualizados, sem quaisquer avanços significativos diante do que se conhecera na Antiguidade (e, muito particularmente, diante do Direito Romano, já em viés de retrocesso).

8.2. DEVIDO PROCESSO NA “COMMON LAW”

8.2.1. INFLUÊNCIA DO DIREITO GERMÂNICO MEDIEVAL NA SEMÂNTICA DO “DUE PROCESS OF LAW”

I. Dizíamos há pouco que a origem histórica mais remota da *cláusula do devido processo legal*, tal como hoje a conhecemos (dimensões formal e material), é **germânica** — por obra do *edito de CONRAD II* — e não inglesa, como amiúde se afirma. A *Magna Charta* de 1215 só viria a lume dois séculos depois (inspirando-se no próprio *edito de CONRAD II*⁵⁵⁷).

Diante disso, talvez fosse melhor referir a *origem* germânica do “*due process of law*”, não a sua mera “*influência*”. Nada obstante, do ponto de vista *semântico*, o que hodiernamente se recolhe como *conteúdo histórico* da cláusula do devido processo legal advém sobretudo das tradições inglesas, até mesmo pela exígua documentação das práticas jurídicas franco-sálicas. Assim, malgrado a afirmação inapelável daquela origem histórica, em termos semânticos só se pode especular sobre as possíveis *influências* do direito germânico nos conteúdos medievais do “*due process of law*”, já que o conhecimento das leis sálicas e francas não permite descobrir como se aplicavam, na práticas forense, as garantias do devido processo.

⁵⁵⁷ Cf. Stubbs, *Germany...*, p.147 (“[...] an expression which is copied in our own *Magna Carta* [...]).

II. No que diz com a propriedade — aspecto diretamente ligado às garantias do devido processo legal substancial (na versão inglesa, “*no taking from A and giving to B without due process of law*”) —, os povos germânicos ocupantes dos territórios mais ao norte (no que hoje seria a Alemanha setentrional) já conheciam, ao tempo de CONRAD II, a propriedade territorial transmissível hereditariamente; no sul, porém, prevalecia a ideia de que a terra pertencia à comunidade, devendo ser anualmente repartida entre os membros de cada aldeia, que exercitavam posse precária. Mas, com a inauguração da dinastia franca, CONRAD II estabeleceu uma administração forte e centralizadora, a ponto de unificar aqueles dois sistemas dominiais, declarando que todas as terras sob a sua autoridade pertenciam à Coroa, que as cedia aos nobres, já não como posse precária, mas como propriedade nua, para plenos uso e gozo (“*ius utendi et fruendi*”), transmissível de geração a geração. Pretendera, com isso, obter o apoio político dos condes e vassallos, protegendo-os, em contrapartida, das incursões de outros monarcas germânicos. E, ao que se sabe — notadamente pelo que reportou à posteridade WIPO, capelão real e biógrafo de CONRAD II —, obteve grande êxito, sendo aclamado, a seu tempo, como rei muito justo e acessível⁵⁵⁸.

Esse sentido de justiça ganhou forma e expressão com o edito de 1037, no qual CONRAD II — analfabeto — reduziu a escrito, pela primeira vez, o direito feudal e as práticas relativas à transmissão de propriedade, unificando a sua disciplina legal e acautelando os seus súditos contra o seu desapossamento injusto (“*iniuste perdit*”), por meio das garantias do devido processo, substancial (“*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*”) e formal (“*iudicium parium suorum*”), como havíamos antecipado (*supra*, tópico 8.1.1, III).

Tal edito popularizou-se entre os povos europeus, por expressar um conceito de justiça que parecia ser **universal**, transcendendo as rusgas políticas e a localidade dos

⁵⁵⁸ A ponto de se deter, no caminho da coroação, para ouvir as queixas de um camponês da igreja de Mainz, de uma viúva e de um órfão, quando monarcas anteriores evitavam ouvir qualquer do povo, a pretexto da pouca inteligibilidade da “fala rústica” dos camponeses. Cf. Timothy Reuter, *Germany in the early middle ages: 800-1056*, New York, Longman, 1997, pp.214-215.

costumes (fenômeno raro, tratando-se da litigiosa Europa das primícias do século XI). Isso tudo explica, na corretíssima avaliação de NUNES PEREIRA,

“o porquê da adoção de muitas das regras do Editto por outros estados europeus, como a Inglaterra, por exemplo. O **sentido universal das determinações editicias** decorre do fato de que as normas jurídicas positivadas no instrumento normativo transcenderam o campo da mera regulação dos direitos privados relativos à propriedade do feudo, revelando-se, de fato, **lídima positivação de valores sociais mais amplos**, tangenciando, mui proximamente, o **ideal de justiça no âmbito das relações privadas**”⁵⁵⁹.

É curioso observar, nesse episódio histórico, a sutil transição ontológica que se passa em derredor do direito de propriedade: instância jurídica provedora, por excelência, de interesses privados, passa a justificar uma garantia de natureza *pública*, oponível ao próprio monarca (que buscava, paradoxalmente, concentrar poderes). Assim como os romanos reconheceram, na tutela da posse e da propriedade, *finalidades públicas* — o que significou uma inflexão de ordem teleológica no processo romano, ante a permeabilidade dos “*interdicta*” a valores materiais extraprocessuais (*supra*, tópico 7.4) —, o editto de CONRAD II promoveu um outro tipo de inflexão, alheia ao processo, reconhecendo **interesse público** na tutela de direitos originalmente privados (posse/propriedade), oponível ao próprio soberano, desde que a violação ou ameaça contradissesse as “leis do império” (“*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*”). Noutras palavras, operou-se uma **inflexão material**, de cariz **liberal**, na disciplina da posse e da propriedade feudal⁵⁶⁰. De se ver que, entre os civilistas contemporâneos, já se tem por adquirido que “*a proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público*”, o que significa, a uma, reconhecer o advento conceitual de uma nova ordem pública (abrangente das próprias relações jurídico-privadas, lá onde tisnam a dignidade da pessoa humana); e, a duas, funcionalizar a atividade econômica privada aos

⁵⁵⁹ Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.19 (g.n.).

⁵⁶⁰ Isso quase *oitocentos anos* antes das revoluções liberal-burguesas (e, em especial, da Revolução Francesa). Nesse sentido, cf. Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.26. *In verbis*: “Assim sendo, a estipulação de que as privações de direito somente podem ocorrer com a previsão das leis do Império e mediante adequado e formalizado processo coletivo assume um nítido caráter liberal, entendido como uma forma de limitação negativa da atuação dos soberanos e nobres, em prol da salvaguarda dos direitos e interesses dos menos favorecidos da sociedade, que, sendo, em regra, ilimitados, somente podem ser restringidos nas hipóteses e com a observância das formalidades legais”.

valores existenciais e sociais definidos nas constituições⁵⁶¹. Pois bem: ao que tudo indica, **remonta ao edito de 1037** a primeira evidência legal-positiva dessa percepção complexa, que transmuta a natureza jurídica do interesse litigioso pela intensidade⁵⁶² e/ou pela circunstância⁵⁶³ de afetação do bem da vida (que concretamente remanesce o mesmo⁵⁶⁴).

Com o edito de 1037, tornaram-se *ilegítimas* quaisquer ações da Coroa tendentes a suprimir ou recuperar territórios de feudos hereditários, sem observância das normas tradicionais vigentes até então (o que atentava, no limite, contra a própria teoria subjacente ao regime feudal de propriedade⁵⁶⁵). Garantia-se, a rigor, a **estabilidade** das relações socioeconômicas, pela consagração do princípio de que as possíveis restrições ao mais relevante direito entre os povos medievais — o direito à terra — só se imporiam segundo *regras consabidas, unívocas e tradicionais* (atributos que se aproximam da *generalidade* e da *abstração* que compõem o conceito moderno de **norma jurídica**). Assim, limitava-se o poder autocrático do soberano a partir de uma noção incipiente de *legalidade*⁵⁶⁶, inserta em

⁵⁶¹ Cf. Gustavo Tepedino, “Direitos humanos e relações jurídico-privadas”, in *Temas de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, RENOVAR, 2004. pp.74-75.

⁵⁶² Assim, e.g., se houver comprometimento do *núcleo essencial* do direito de propriedade, na linha da teoria alemã da “*Wesensgehaltsgarantie*” (*supra*, nota n. 134, e *infra*, §25º). É assim nos casos de tributação com efeito de confisco (veja-se, no Brasil, a norma do artigo 150, IV, da CRFB); mas também seria o caso se, p. ex., pessoa maior e capaz estivesse, por força de um ato jurídico qualquer (público ou privado), efetiva ou potencialmente privada de adquirir ou administrar patrimônio próprio.

⁵⁶³ Assim, e.g., se a supressão do direito de propriedade for protagonizada pelo Estado, sem observância das formas e procedimentos legais (= *eficácia vertical* dos direitos fundamentais); ou, então, se para isso contribuir a sua injustificável omissão (= *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais).

⁵⁶⁴ Na espécie — e nos dois exemplos *supra* —, a coisa objeto do direito de propriedade.

⁵⁶⁵ Stubbs, *Germany...*, p.147; Jenks, *A short history...*, pp.37-38 (referindo o instituto da “*subinfeudation*” — algo como uma “sublocação” das propriedades feudais — e as restritas possibilidades de *alienação total* da tenência, o que significou “*a complete rupture of the feudal tie, and, in effect, deprived both lord and heir of valuable rights*”). Com efeito, as instituições básicas do feudalismo original foram a **vassalagem** e o **feudo**. Pela *vassalagem* (= *elemento pessoal*), o vassalo era um homem livre que, por contrato solene, submetia-se ao *poder* de seu senhor e devia-lhe fidelidade, ajuda e conselho (“*consilium et auxilium*”); o senhor, por sua vez, devia-lhe apenas proteção contra terceiros, o que significa que o vassalo não poderia lhe “opor” um outro qualquer direito. Da mesma forma, o feudo (= *elemento real*) era uma tenência — em geral uma *terra* — que o senhor concedia *gratuitamente* ao vassalo, sob *possessão legítima e vitalícia*, para que este último fornecesse ao primeiro todos os gêneros e serviços por ele requeridos; mas não havia transferência de propriedade, o que igualmente obstava o exercício de um direito real de resistência contra o desapossamento. Sobre tais instituições, por todos, John Gilissen, *Introdução...*, pp.188-190.

⁵⁶⁶ Reconhecendo tal incipiência, cf. Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.25: “*Em primeiro plano, assegura-se a exigibilidade da atuação senhorial, à medida que não se permite nenhuma privação dos direitos possessórios sem prévia e expressa previsão legal (sine praevia lege), fenômeno descritivo que, na atualidade, poderia também ser reconhecido como revelação autêntica do princípio da legalidade, na acepção voltada para os direitos individuais dos súditos e não na acepção de reconhecimento da autoridade do editor das normas legais (auctoritas, non veritas facit legem). [...] Com isso, afasta-se a liberdade suprema dos soberanos feudais ou dos imperadores sobre o tema regulado (o decreto inclui, no campo da submissão legislativa, os*

uma cláusula geral que, no futuro, viria a garantir padrões de legitimidade para a consecução de restrições estatais a *qualquer* direito fundamental. E, não bastasse essa garantia, reforçava-lhe uma outra, radicada no plano formal: ainda que observados os costumes dos antepassados sálicos, os feudos só podiam ser definitivamente perdidos pelo *veredicto de seus pares*. A decisão final não poderia ser monocrática, nem cabia ao soberano⁵⁶⁷. Daí porque, originalmente, o “*procedural due process*” exsurge como **garantia instrumental** do “*substantiva due process*”.

III. Foram essas as impressões que os nobres ingleses provavelmente assimilaram nas décadas seguintes. Havia, nos séculos X (final) e XI, ligações estreitas entre a Inglaterra e os povos germânicos. STUBBS indica notórias evidências do quanto afirmado: os interesses comum sobre os territórios de Flandres e Lorraine, integrados à dinastia saxônica continental por HENRY II (1002-1024), que CONRAD II sucederia; o fato de os únicos monarcas presentes à coroação de CONRAD II, em Roma (1027), terem sido RODOLFO III, rei da Burgúndia, e CANUTE THE GREAT (994-1035), então rei da Inglaterra (1017-1035), da Dinamarca (1018-1035) e da Noruega (1028-1035); e, por fim, as conexões entre as famílias nobres alemãs e as famílias nobres inglesas, com sucessivos enlaces matrimoniais entre os dois grupos (OTTO I casou-se com uma princesa inglesa; HENRY II foi tutor dos filhos de EDMUND IRONSIDE; HENRY III casou-se com GUNHILDA, filha de CANUTE; e assim por diante). Ademais, tanto os ingleses quanto os franco-sálicos eram *saxões*. Essas relações, associadas à **conquista normanda do território britânico** (liderada por WILLIAM THE CONQUEROR⁵⁶⁸ em 1066), contribuíram decisivamente para a transladação do princípio do devido processo à cultura jurídica britânica.

monarcas), assentando-se o primado da Lei, em detrimento do primado da vontade soberana”. A rigor, dir-se-ia melhor, ao menos nessa altura, “primado da tradição” ou “primado do direito dos antepassados”; a expressão “**lei**” só seria introduzida na *Magna Charta* de 1215 (“*per legem terrae*”).

⁵⁶⁷ “Afasta-se, portanto, a auto-executoriedade ou auto-integração dos comandos legais, coroando-se o mecanismo de hetero-integração. Nesse sentido, ainda que houvesse razões legais para a privação da posse da terra feudal, tal privação não prescindia do reconhecimento processual, chancelado em rudimentares ritos de processo civil colegiado, do qual participavam diversos membros da sociedade feudal (*iudicium parium suorum*)” (*idem*, p.26).

⁵⁶⁸ Trata-se de WILLIAM II, comumente designado, em português, como GUILHERME, o Conquistador. O então duque da Normandia havia reclamado o trono inglês após a morte de EDWARD I (*the Confessor*), que, no entanto, fora sucedido por HAROLD, Conde de Wessex (durante breves nove meses). É que WILLIAM tinha vínculo de parentesco com o falecido rei EDWARD, enquanto HAROLD não pertencia à casa real inglesa. Por isso, os normandos mobilizaram-se militarmente e, após sucessivos confrontos perdidos para os

Com efeito, os próprios ingleses têm elegido a conquista normanda como marco divisório primário na história do direito inglês. Nessa esteira, JENKS dividiu-a em quatro períodos fundamentais, a saber: **(a)** o período do *antigo direito inglês* (*anterior* à conquista normanda), que abrange toda a tradição jurídica anglo-saxônica anterior a 1066, com as influências sentidas até então⁵⁶⁹; **(b)** o período compreendido entre a conquista normanda⁵⁷⁰ e a morte de HENRY III (1066 a 1272); **(c)** o período compreendido entre a ascensão de EDWARD I e a formação da *commonwealth* (1272-1660); e **(d)** o período que vai da restauração (1660) até as primícias do século XX⁵⁷¹. Dessume-se disso que a conquista normanda é o referencial histórico mais expressivo do “novo” direito inglês, que evoluiu do “*land law*” (ainda no feudalismo) para a “*common law*” de nossos dias. Nas palavras de JENKS,

“O natural desejo dos conquistadores de fazer o melhor com a sua nova aquisição, a excepcional administração e as letradas habilidades dos normandos, a introdução da política continental⁵⁷² e o rápido crescimento do país, em riqueza e civilização, logo provaram serem inadequados os velhos costumes. Por algum tempo, não se poderia dizer o que foi lhes estava tomando o lugar. No final, lá emergiu um novo direito nacional; algo dele baseado nos imemoriais usos nativos, algo outro inconscientemente **importado da literatura estrangeira**, e não pouco dele imposto pelo simples comando de um governo central novo e imensamente mais forte. A precisa medida atribuível a cada uma dessas fontes provavelmente jamais será ser determinada”⁵⁷³.

ingleses, sagraram-se vencedores na batalha de Hastings, em cujos campos tombou o próprio Conde de Wessex. Depois, marcharam até Canterbury e daí para Londres, com inúmeras adesões no caminho. Em Londres, no natal de 1066, WILLIAM foi por fim coroado rei (pelo arcebispo de York). À época, a superstição inglesa associou a beligerância anglo-normanda à passagem do cometa Halley, no mesmo ano de 1066, inspiradora de maus presságios. Cf., por todos, Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.28-30.

⁵⁶⁹ Como, e.g., dos celtas que ocuparam o sul da Inglaterra, dos romanos após a conquista da ilha (cerca de 50 a.C.) e do próprio direito canônico. Cf. John Gilissen, *Introdução...*, pp.160-161; Jenks, *A short history...*, pp.03-14.

⁵⁷⁰ Introduzindo o “*way of life*” normando nas esferas de sociabilidade inglesa (Frank Barlow, *The feudal kingdom of England: 1042-1216*, 4th ed., New York, Longman, 1988, pp.85-86), inclusive no cenário jurídico-político, como se verá a seguir. Fortaleceram-se a monarquia, a Igreja e o baronato, ao mesmo tempo em que se consturuiu, no longo prazo, o sentido nacional de unidade (*idem*, pp.106-108).

⁵⁷¹ Cf. Edward Jenks, *A short history of English law: from the earliest times to the end of the year 1911*, London, Methuen & Co. Ltd., 2005, *passim*. A obra é de 1912 — o que explica o limite cronológico do autor (1911) ao cuidar do quarto período (“*the restoration to the present day*”) —, com recente edição fac-similada pela Methuen (série “*Elibron Classics Replica Editions*”).

⁵⁷² No que se podem incluir as práticas da *legislação escrita*, à maneira das “*leges barbarorum*” continentais. Antes disso, na Inglaterra, v. Jenks, *A short history...*, pp.03-05.

⁵⁷³ Jenks, *A short history...*, p.17 (g.n.). No mesmo sentido, em língua portuguesa, veja-se SAMPAIO DÓRIA (*Direito constitucional tributário e “due process of law”: ensaio sobre o controle judicial de razoabilidade das leis*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp.09-10), para quem “o ano de 1066 inscreve-se, na histórica

Nada obstante, pode-se afirmar com segurança que, de tudo o que então se importou da “literatura” jurídica não nativa, a noção de **devido processo** — “*nunc aut tenuerit vel hactenus iniuste perdit [...] sine certa et convicta culpa suum beneficium perdat, nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum*” —, haurida do edito de 1037 (CONRAD II), foi um dos contributos fundamentais da tradição franco-sálica para o “novo” direito inglês⁵⁷⁴, senão o mais relevante de todos (ao menos para o direito público). E, não por outra razão,

“O problema da pessoa provendo jurisdição no seu próprio caso [i.e., a base do “*procedural due process*”] aparece em um dos mais primitivos livros de direito inglês já impressos [Littleton, *Tenures*, 1481, § 212], um livro tão antigo que foi escrito em “francês jurídico” [“*Law French*”], o vernáculo das cortes inglesas por três séculos após a Conquista Normanda em 1066⁵⁷⁵.”

Evidentemente, esse não foi um processo histórico instantâneo. De 1066 à *Magna Charta* — i.e., antes da construção de um direito comum e da própria padronização da língua escrita —, houve de fato um intercuro difícil e conflituoso, em que conviveram duas nações, a dos “*franci*” e a dos “*anglici*” (afora outros grupos étnicos minoritários), todos sob o jugo dos primeiros; nesses primeiros tempos, foram adotadas medidas político-legislativas que, a rigor, mais dividiram que unificaram⁵⁷⁶. Ademais, em termos estritamente jurídicos, a capacidade de renovação dos conquistadores era reduzida, pois os normandos não possuíam grande volume de legislação escrita. Supõe-se mesmo que, no

inglesa, como o marco inicial de uma evolução que, através das gerações, veio a se cristalizar na formulação dos princípios que regem, modernamente, a teoria constitucional britânica”; nada obstante, o autor reconhece que, ao institucionalizarem com mão de ferro a estrutura feudal e os seus postulados sociais, políticos e econômicos, os conquistadores não aniquilaram as tradições jurídicas dos antigos senhores anglo-saxões (tal como prometera WILLIAM antes da própria invasão), que também comporiam o *novo direito nacional* (“*a new national law*”) referido por JENKS. Ademais, a formação desse direito nacional não foi imediata, precedendo-lhe alguns anos conflituosos, como a seguir se dirá.

⁵⁷⁴ Stubbs, *Germany...*, p.147.

⁵⁷⁵ John Orth, *Due Process...*, pp.16-17. O que se lê na obra de Sir THOMAS LITTLETON, em “francês jurídico” (que os normandos já vinham empregando em substituição ao latim), é o seguinte: “*pur ceo que il est encounter reason, que si tort soit fait a un home, que il de ceo serroit son judge demesne*” (= “porque é contrário à razão que, se um mal seja feito a um homem, deva ser ele mesmo o seu próprio juiz”).

⁵⁷⁶ Como, e.g., a introdução de discriminações raciais entre “*anglici*” e “*franci*”, a criação de novos tribunais de condado com base eclesiástica (*infra*, nota n. 590), a sujeição de grandes extensões de mata a um direito florestal alienígena (que sobretudo preservava as prerrogativas de caça da realeza) e um feudalismo militar que também distinguia entre ingleses e franceses. Mas, já no reinado seguinte (HENRY I), as *leges Henrici Primi* amenizariam as distinções mais odiosas e profligariam os “maus costumes” (i.e., os hábitos menos civilizados dos normandos). É o que se verá no tópico subseqüente.

início, WILLIAM tenha se limitado a reeditar o código de CANUTE (inglês), cumprindo sua promessa de não subverter a ordem jurídica anterior⁵⁷⁷. Mas a tradição jurídica inglesa foi indiscutivelmente exposta à influência do direito experimentado sob a dinastia franca, que os normandos haviam incorporado em seus costumes feudais. Tanto que variegados institutos jurídicos ingleses pós-conquista radicam no direito franco, como, p. ex., o “*trial by jury*”, provavelmente inspirado no “*mallum*” franco (*supra*, tópico 8.1.1, II), para o qual, na prática, convocavam-se corpos de cidadãos — i.e., homens livres — da vizinhança local⁵⁷⁸. O mesmo vale para o “*due process of law*”, que seria positivado na *Magna Charta*.

8.2.2. AS LEGES HENRICI PRIMI

I. HENRY I foi o sucessor imediato de WILLIAM no trono inglês. Assumiu o reino com promessas de paz, justiça e equidade, em meio a um cenário político conturbado e sob forte resistência dos “*anglici*” (que se opunham à continuidade da dinastia normanda). Para dar cumprimento às suas promessas, logo fez vir a lume a conhecida *Great Charter of Henry I*, com as *leges Henrici Primi*, que compilaram e atualizaram inúmeros textos e tradições jurídicas de antanho. Deram-se a conhecer na primeira vintena do século XII.

Em seu governo, o novo monarca colimou sobretudo a pacificação dos ânimos, proscrevendo os abusos raciais chancelados no curto reinado de WILLIAM, isentando a Igreja das injustas taxações que lhe haviam sido impostas e abolindo práticas costumeiras iníquas do feudalismo normando (como os abusos havidos ao ensejo de matrimônios e as

⁵⁷⁷ Jenks, *A short history...*, pp.17-18; Stubbs, *Germany...*, p.291; Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.31-35.

⁵⁷⁸ Conquanto a existência do *Urteilfinder* também sugira, como disséramos (tópico 8.1.1), proximidade com os atuais *escabinados* (que não se confundem com o *júri*, exatamente por serem corpos judiciais que necessariamente combinam leigos e *experts*). Recorde-se, outrossim, que o julgamento por **tribunais populares**, em termos históricos, é muito anterior ao direito nacional inglês e à própria dinastia franca, remontando ao Direito Romano (*supra*, tópico 7.3.1, n. III — no processo penal —; cf. também Jenks, *A short history...*, pp.47-49) ou, antes ainda, ao Código de Hammurabi (*supra*, tópico 7.1, IV, e nota n. 285). O antigo direito inglês, por sua vez, conheceu a figura dos “*wagers of law*”, que compareciam perante as cortes primitivas e, sob juramento, afirmavam a inocência do acusado; não eram, porém, *juízes*, razão pela qual tais corpos de “jurados” provavelmente não têm relação direta com o “*trial by jury*” do direito inglês pós-conquista (Jenks, *A short history...*, 47).

interferências em disposições testamentárias). Restaurou, outrossim, diversas leis anteriores à invasão normanda, vigentes no tempo de EDWARD I (*the Confessor*)⁵⁷⁹.

Nas *leges Henrici Primi*, as normas jurídicas historicamente mais relevantes foram aquelas que proibiam aos senhores feudais o monopólio das concessões feudais inglesas da época. Reduziram-se os seus poderes de vassalagem. Prescreveu-se que a contraprestação para desobrigar as terras em favor dos vassalos deveria ser justa e legal, prevenindo-se os abusos. E, de resto, vedaram-se aos senhores feudais quaisquer relações de ordem pessoal com filhos, filhas e/ou esposas de vassalos⁵⁸⁰.

O que mais releva para este estudo, todavia, é a **função de passagem** que as *leges Henrici Primi* desempenharam para a cláusula do devido processo legal. Foram elas, com efeito, que *introduziram a garantia do devido processo no contexto nacional inglês*, em termos próximos àqueles inseridos por CONRAD II no edito de 1037 (que as *leges* — como compilação que foram — provavelmente recolheram na fonte). Previu-se, então, que “*unusquisque per pares suos iudicandus est, et eiustem proviciae*” (i.e., que toda pessoa haveria de ser julgada por seus pares, segundo a justiça local). Desse modo, as *leges Henrici Primi* estabeleceram a “ponte” necessária entre o direito franco-sálico e o direito inglês, para que ulteriormente se positivasse, no artigo 37 da *Magna Charta*, a mesma cláusula de garantia outrora albergada pelo edito de CONRAD II.

Mas essa passagem reclama uma visão mais panorâmica, de foco abrangente, a permitir situar as *leges Henrici Primi* em seu genuíno contexto.

II. A pesquisa histórica dos tempos de HENRY I revela que o primeiro monumento jurídico conhecido da Inglaterra pós-conquista foi chamado *Quadripartitus* e destinou-se a compilar e positivar a “lei da terra” em termos mais ou menos coerentes. Sua necessidade

⁵⁷⁹ Mesmo porque, antes mesmo de HENRY I, “*it was part of the policy of the Conqueror, to persuade this new subjects that he was heir to the kingdom of Edward the Confessor, by lawful succession*” (Jenks, *A short history...*, p.17). Restaurar as suas leis seria mais uma forma de “provar” tal continuidade. Honrava-se, ademais, a política de WILLIAM THE CONQUEROR, ao “*to promise respect for the “law of the land”, i.e., for the ancient customs of the people*” (*idem, ibidem*) — o que lhe valera, inclusive, inúmeras adesões em 1066 (*supra*).

⁵⁸⁰ Stubbs, *Germany...*, pp.330-331.

impôs-se pelo jogo de circunstâncias. É que a promessa de respeitar a “*law of the land*”⁵⁸¹ envolvia a preservação de inúmeros costumes e tradições, que variavam de lugar para lugar (i.e., de condado para condado) e de classe para classe (vassalagem, nobreza), e a cujo respeito não havia atos de autoridade. A rigor, o chamado “direito anglo-saxão” não existia como sistema jurídico; o que havia na época era um conjunto de normas fragmentário e assistemático⁵⁸². À mercê desse quadro, coube ao rei buscar maneiras de suprir as lacunas, resgatando, atualizando e homogeneizando o trato jurídico no território inglês, com vista à formação da pretendida unidade nacional. Para tanto, surgiram diversas compilações, algumas das quais chegaram ao conhecimento dos historiadores modernos. O *Quadripartitus* — que data provavelmente de 1115 ou ano próximo⁵⁸³ — foi uma dessas compilações. A *Great Charter of Henry I* (= *leges Henrici Primi*) foi outra.

Provavelmente inspirado no *Corpus Iuris Civilis* (composto por quatro livros, a saber, o Digesto⁵⁸⁴, as *Institutas*⁵⁸⁵, o *Nouus Iustinianus Codex*⁵⁸⁶ e as *Nouellae*⁵⁸⁷), o *Quadripartitus* também foi composto por quatro livros. O primeiro contém a transcrição latina do que se pôde recolher do antigo direito inglês (anterior à conquista), reunindo normas e costumes jurídicos do tempo de CNUT, ALFRED, ATHELSTAN, EDWARD THE ELDER, EDMUND e ETHELRED (organizados por nome). O segundo possui a transcrição de certos documentos jurídicos mais recentes, atribuídos a HENRY I. O terceiro regula questões de *status* e de postulação. O quarto, enfim, cuida do roubo e de suas variações. Pouco se trata de processo ou de procedimento.

Logo na sequência, nos idos de 1118, foi outorgada a *Great Charter of Henry I*, com noventa e quatro artigos, que compilou uma multidão de costumes locais e procurou

⁵⁸¹ Jenks, *A short history...*, p.17; Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.31-35. Vide nota anterior.

⁵⁸² Jenks, *A short history...*, p.17. Ademais, “*the old moots had kept no records*” e “*there was no class of English legal experts, such as those jurisconsults of the Roman Empire who had reduced the usages of Republic Romae to order and method*” (*idem, ibidem*).

⁵⁸³ O que se estima pela datação provável dos documentos compilados no seu livro segundo.

⁵⁸⁴ Compilação dos “*iura*”.

⁵⁸⁵ Manual escolar que, seguindo as *Institutas* de GAIO, serviu aos estudantes romanos como introdução ao direito compendiado no Digesto.

⁵⁸⁶ Compilação das “*leges*”.

⁵⁸⁷ Reunião das constituições imperiais promulgadas por JUSTINIANO após a entrada em vigor dos três livros anteriores.

deles extrair os *princípios gerais* do novo direito nacional inglês, num esforço de sistematização normativa e de ruptura com o regime de arbitrariedades do rei antecessor (WILLIAM) — esse último, por tudo louvável⁵⁸⁸; aquele, muito pouco feliz⁵⁸⁹.

Dentre os princípios gerais, como se viu, **positivou-se o devido processo**, ainda que em termos rudimentares (“*unusquisque per pares suos iudicandus est, et eiustem proviciae*”). Cuidou-se, ainda, da nova organização judiciária inglesa, com a instituição dos “*judices regis*” (artigos 19 e 29)⁵⁹⁰; da prelazia real em juízo (artigo 43: “*no one impleaded by the king shall answer any other litigant*”)⁵⁹¹; da obrigação de todo homem dar garantias

⁵⁸⁸ Cf. William Stubbs, *Lectures on Early English History*, London, Longman, Green, and Co., 1906, p.30. *In verbis*: “The reign of Henry I lasted thirty-five years; these were comparatively speaking years of peace to the England; his only wars were foreign wars. [...] He also began his reign with good promises — he made a promise to God and all the people before the altar at Westminster that **he would abolish the injustice that prevailed in his brother’s time, and observe the most equitable of the laws established in the days of any of the kings before him; and the charter in which he embodied his promises is the basis of English liberties and the foundation stone of the structure on which was raised the noble fabric of the Magna Charta**” (g.n.).

⁵⁸⁹ Cf. Jenks, *A short history...*, p.18; Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.37-38, nota n. 57. O primeiro observa que as *leges Henrici Primi* dificilmente poderiam ser esgrimidas com segurança, senão por um *expert* (i.e., não era uma compilação acessível ao leigo); e, para mais, critica com fina ironia o esforço de sistematização, “*beyond the author’s power; he was no Bracton*” (g.n.).

⁵⁹⁰ Convindo lembrar que, logo após a conquista normanda, as cortes eclesiásticas expandiram suas jurisdições, tanto na esfera cível como na criminal, para julgar assuntos ligados à legitimação de prole e ao divórcio, ou ainda para julgar transgressões que, não reconhecidas pelos tribunais laicos, importavam para a Igreja (por malferirem as “leis de Deus”): casos de perjúrio, fornicação, usura, difamação, negligência quanto às taxas e outros deveres para com a Igreja, etc. (Jenks, *A short history...*, pp.39-40). A *Great Charter of Henry I*, por seu artigo 19, cuidou precisamente de *afirmar e estender* a jurisdição real, qualitativa e geograficamente: “The king exercises immediate jurisdiction in all his demesne lands: where he gives a manor he sometimes gives soken with it, sometimes not; and sometimes he retains the whole jurisdiction, sometimes only a part. Archbishops, bishops, earls, and other potentates have sac and soke on their own private lands, and on lands otherwise held they have manorial jurisdiction over their own tenants, the higher branches being apparently reserved for higher tribunals, as the hundredmote, the shiremote, and the king’s justice. Over all capital cases arising in the courts of barons, senators, clerks and lay, whether the other parts of the jurisdiction belong to the king or not, he has direct control, This seems to me to make a difference between haute justice, power of life and death, belonging to the greater lords of franchises, and lower justice, belonging to lords of less dignity, among whom the barons are enumerated [...]” (William Stubbs, *Lectures...*, p.158).

⁵⁹¹ “The king has the first right to be heard against any debtor or offender. No one impleaded by the king is compelled by law to answer anyone until he has satisfied him who is lord of all; and by corollary the king can warrant or act as warrantor for anyone in his service. Just as one in the king’s service can be excommunicated without his leave, so anyone in his service may depend on his protection” (Stubbs, *Lectures...*, pp.159). Eis a provável origem medieval do **privilégio legal** reservado aos tributos e demais créditos do Estado na generalidade dos ordenamentos contemporâneos (no Brasil, p. ex., vejam-se os artigos 186 do CTN — sobre a preferência do crédito tributário em relação a qualquer outro, “*seja qual for a sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressaltados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho*” — e 6º, §7º, da Lei n. 11.101/2005 — sobre a não suspensão das execuções fiscais pelo deferimento da recuperação judicial à empresa em estado pré-falimentar).

à Coroa quando por ela demandado, sob pena de “*contempt*” (artigo 52 — “*whoever may be his immediate lord*”, o que significa que o suserano não poderia interferir em favor de seu vassalo, se se tratasse de responsabilidades para com o rei); da jurisdição criminal do rei (artigo 10, “*de iure regis*”: traição, roubo ou usurpação de terras ou dinheiros da Coroa, falsificação da moeda real, assassinatos ou ofensas perpetradas contra funcionários da Coroa, “*castellatio trium scannorum*” — sobre o direito ou licença para fortificar castelos —, prevaricações contra o soberano e seu direito, julgamentos injustos ou defeituosos, etc.); da divisão da Inglaterra e das características das jurisdições provinciais (artigos 6º, 7º e 8º); da natureza e da classificação das causas judiciais (artigos 3º, 4º, 5º e 9º); e assim por diante. Afora isso, no plano do direito material, tratou-se dos homicídios e das respectivas penas (artigos 66 a 76, 80, 91 e 92), da emancipação dos não livres (artigos 77 a 79), das guerras privadas (artigos 83 a 90), da divisão do ano (artigo 62 — “*legal days*” e “*non-legal days*”), da classificação e dos efeitos dos juramentos (artigo 64), etc.⁵⁹².

São desse período, outrossim, outras duas compilações que serviram como fontes formais do direito inglês medieval: as *leges Willelmi* (ou *laws of William the Conqueror*) — código bilíngue (escrito em latim e em francês normando), não oficial, que revela o processo de feudalização do antigo sistema de tenências inglês — e as *leges Edwardi* (ou *laws of Edward the Confessor*) — de menor importância e confiabilidade, restauradas por HENRY I no ano 1070 (*supra*). Nesses diplomas, porém, nada se encontra acerca do processo/procedimento ou do devido processo legal, donde sua irrelevância para os propósitos desta Tese.

Sobre procedimentos judiciais propriamente ditos, os textos cronologicamente mais próximos às *leges Henrici Primi* são o “*Glanville’s treatise*” e o “*Laws and Customs of England*” (ou “*De legibus et consuetudinibus regni Anglae*”), ambos revelados por volta de 1187⁵⁹³.

⁵⁹² Cf., por todos, Stubbs, *Lectures...*, pp.143-165.

⁵⁹³ NUNES PEREIRA refere-os em sua obra (*O Princípio...*, p.38, nota n. 57), a seu modo, com fulcro em J. H. BAKER; mas parece confundi-los, supondo tratar-se de um mesmo e único texto.

O primeiro deles, menor, é atribuído a GLANVILLE, *chief justiciar* de HENRY II, e se dedicou exclusivamente ao estudo dos ritos processuais perante os recém-criados tribunais reais (“*judices regis*”), que inovaram em dois aspectos capitais: **(a)** na estatuição de um **procedimento de ordens escritas** (“*writ-procedure*”⁵⁹⁴) que, na visão de JENKS, *revolucionou* a administração da justiça na Inglaterra⁵⁹⁵; **(b)** na introdução do **juízo perante o júri** — “*trial by jury*” —, já reportado acima (tópico 8.2.1, III).

O segundo tratado, atribuído a HENRY of BRACTON (ou BRATTON)⁵⁹⁶, debruçou-se extensivamente sobre o direito substantivo, em paralelo com o próprio direito adjetivo, revelando claras pretensões de racionalização e sistematização. Ulteriormente, descobriu-se ainda o denominado “*Bracton’s note book*”, com inúmeras referências a casos reais decididos pelos “*judices regis*” de fins do século XII e limiar do século XIII (a cuja documentação BRACTON provavelmente teve acesso privilegiado, dada a sua condição de juiz)⁵⁹⁷. Ali não se encontram, todavia, tratos doutrinários para o princípio do devido processo legal, o que sugere inexistir, naquele tempo, percepção clara de como um direito político-civil (i.e., de cidadania) poderia interferir com os procedimentos judiciais.

⁵⁹⁴ Deduz-se, pois, que a expressão “*writ*”, ainda hoje utilizada no jargão forense ocidental, vem de “*written*” (= escrito); mas, a par de sua materialidade, o *writ-procedure* caracterizou-se também pelo seu *poder de coerção*, com exequibilidade específica sob encargo da autoridade pública destinatária (de regra, o “*sheriff*”). Hodiernamente, dir-se-ia da sua **natureza mandamental** — que, afinal de contas, radica mesmo no direito inglês pós-conquista. Com efeito, “*the writ, or breve, as its names imply, is a short written document; but, pre-eminently and almost universally, a short written command of the King. In the great majority of early cases, it was addressed to a royal official, and was merely, as we should say, an administrative order. [...] But, very soon after the Conquest, we begin to see writs issued from the royal Chancery for the purpose of influencing legal proceedings; and, what is even more suggestive, we find that these writs are “purchased” (probably at substantial fees) by litigants themselves. [...] But the writ of summons, addressed to the sheriff, bade that official relieve the accuser (or “plaintiff” as we may now call him) of the fruitless task of trying to get the defendant before the court; and directed him (the sheriff) to summon the defendant “by good summoners”. Now it is one thing to disobey the summons of a private person; and quite another to disobey the summons of the King. And though, in later times, the curious hesitation of a primitive tribunal to proceed in the absence of a defendant still allowed much scope for evasion, it is quite clear that the royal official had means of compelling attendance which were not exercisable directly by that private litigant*” (Jenks, *A short history...*, pp.43-44 — g.n.).

⁵⁹⁵ Jenks, *A short history...*, pp. 25 e 44-46. O “*Glanville’s treatise*” reporta o novo *writ-procedure*, define-o e descreve-o, discorre sobre o **registro** dos writs (o *Register of Writs*, absolutamente inovador em relação ao antigo direito inglês) e classifica-os como “*original writs*” (os que iniciavam um processo perante as cortes imperiais) ou “*judicial writs*” (os que tinham caráter incidental, acedendo a processos já iniciados).

⁵⁹⁶ BRACTON, notável juriconsulto inglês que ganhou fama na segunda metade do reinado de HENRY III, foi *Justice of the Court of King’s Bench* e arcebispo de *Barnstaple*.

⁵⁹⁷ Cf. Jenks, *A short history...*, p.25. Para as notas de BRACTON, descobertas em meados do século XIX pelo Prof. VINOGRADOFF, veja-se, por todos, F. W. Maitland, *Bracton’s Note Book*, Cambridge, Cambridge University Press, 1887, 3 v., *passim*.

III. Ao lado da positivação da garantia de devido processo (*supra*), tem ainda particular relevância para o presente estudo, no contexto das *leges Henrici Primi* e em seu período, a distinção estabelecida entre as ideias de “*iustum iudicium*”, “*defectus iustitiæ*” e “*prævaricatio legis regię*”, reportadas acima (artigo 10 da *Great Charter*). Cunhava-se então a percepção incipiente de que a **justiça da decisão**, ligada ao mérito da causa e às questões de direito material, não se confundia com a **garantia de jurisdição**, i.e., com o direito do cidadão em ver apreciadas todas as suas pretensões.

Assim, entendia-se por “*iustum iudicium*” a decisão que contivesse *injustiças substanciais* (dir-se-ia, na expressão moderna, “*errores in iudicando*”); decisões desse gênero, que anteriormente só admitiam apelação à própria corte, passaram a desafiar a concessão de *writs* especiais para a revisão de julgado ou para a paralisação da respectiva execução (concedido, no derradeiro caso, pelo próprio rei). Já como “*defectus iustitiæ*” designou-se o *atraso* ou a *recusa de justiça*, que tanto podia ser imputável à pessoa do juiz (“*by the obstinate refusal of the local judges to hear the case*”⁵⁹⁸), como às artimanhas do “*ex adverso*” (“*by delays interposed by the opponent*”⁵⁹⁹) ou mesmo à incapacidade técnica ou gerencial das cortes (“*by the failure of qualified judges in the court of first instance, or by inability in the court to come to a decision at all*”⁶⁰⁰). A “*prævaricatio legis regię*”, por fim, significava a subversão maliciosa do justo e direito, pela perversão da letra da lei para abrigar decisão injusta, ou mesmo pelo recebimento de propinas ou subornos (o que corresponde, na técnica atual, ao delito de *corrupção passiva*⁶⁰¹). Percebe-se, pela última definição, que o direito inglês de antanho não reconhecia aos juízes grande espaço para exercício da criatividade hermenêutica, o que limitava as possibilidades de inflexão da letra da lei em benefício de princípios sensíveis. Extremou-se, porém, o plano da **injustiça material** — que, a rigor, liga-se à transgressão, à inversão ou à subvalorização dos valores éticos de regência ínsitos a qualquer ordenamento jurídico —, destacando-o do

⁵⁹⁸ Stubbs, *Lectures...*, p.155.

⁵⁹⁹ *Idem, ibidem.*

⁶⁰⁰ *Idem, ibidem.*

⁶⁰¹ Cf., no Brasil, o artigo 317 do CP; e, em Portugal, o artigo 372º do CP. A *prevaricação*, por sua vez, dispensa a solicitação, o recebimento ou a aceitação de promessa de vantagem indevida, que não é elementar do respectivo tipo penal; basta, no caso brasileiro, “*retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa da lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*” (artigo 319 do CP).

plano da **perversão do direito** (que se projeta sobre os domínios do Direito Penal), por um lado, e do plano da negativa de jurisdição e dos “*errores in procedendo*” (que, no limite, ligam-se às **garantias do processo**), por outro⁶⁰².

8.2.3. A UNKNOWN CHARTER

I. Como pondera JENKS, era inevitável que os reis normandos pensassem como conquistadores, apesar de seus propósitos de pacificação⁶⁰³. Afinal, eventos como a batalha de Senlac e a devastação do norte da península britânica não podiam ser esquecidos ou subestimados, e os sucessores de WILLIAM sempre desejaram amealhar mais poder que o detido pelos antigos reis ingleses. Por isso, os súditos passaram a clamar veementemente pela concessão formal de direitos mediante “*charters*”, que eram documentos característicos daquele período histórico⁶⁰⁴. Por isso, tanto o próprio Conquistador WILLIAM como seu filho, HENRY e, depois dele, seu neto HENRY II, e ainda JOHN e seu filho HENRY III, todos eles outorgaram *cartas* reconhecendo direitos diversos aos seus súditos, de modo a solver disputas em torno dos diferentes pontos de vista que amiúde opunham a Coroa à nação. Tratava-se indistintamente de direito público e de direito privado, mesmo porque essas duas categorias não eram claramente discrepadas.

É curioso como, àquela altura, as *cartas* eram interpretadas como “acordos” ou “concordatas” (*concordats*) que se firmavam entre os reis e seus súditos, geralmente arrancados dos primeiros por meio de intensa e prolongada pressão política ou militar. Daí a preocupação recorrente das gerações posteriores — que chegou até nossos dias (através da ideia de *constitucionalização* dos direitos fundamentais⁶⁰⁵) — em *perenizar* as garantias

⁶⁰² Ou, nas palavras de STUBB, “*I do not know that these distinctions are in legal history of much importance, but men are fond of such definitions, and much substantial injustice may be done even where forms are most carefully observed; in the three [cases], however, one may include all defeat of justice, whether by neglect of form, perversion of law, or material injustice*” (*Lectures...*, p.155 — g.n.).

⁶⁰³ Jenks, *A short history...*, p.22.

⁶⁰⁴ Segundo JENKS, “*the word ‘charter’ will cover any written document; especially if it professes to transfer rights. When the ordinary medieval conveyance was written, it was generally known as a ‘charther’*” (*idem, ibidem*).

⁶⁰⁵ Sobre a *constitucionalização dos direitos fundamentais*, cf., em especial, Hermann v. Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München, Franz Vallen, 2005, Band 1, pp.89-98;

assim formalizadas, repetindo-as e acrescentando-as nos diplomas subsequentes. Pode-se compreender, por essa origem, a **função afirmativa** das sucessivas petições históricas de direitos, bem como a importância simbólica de se verberar, ainda hoje, as características de *imprescritibilidade*, de *irrenunciabilidade* e de *inalienabilidade* dos direitos humanos fundamentais⁶⁰⁶, bem como a de se consignar, nas constituições contemporâneas, garantias tão óbvias como a do direito à vida e à integridade física, a da proibição da escravidão e a do direito à liberdade e à segurança⁶⁰⁷.

Foram *cartas*, no sentido aqui vazado, a *Great Charter of Henry I* (= *leges Henrici Primi*), já examinada acima, e também a *Magna Charta* do rei JOHN (*infra*), dentre todas a mais conhecida. Mas também o foram as *Constitutions of Clarendon* (1164), as *Provisions of Oxford* (1258) e as subsequentes *Provisions of Westminster* (1259), assim como alguns dos primeiros *statutes* — como o *Statute of Merton*⁶⁰⁸ — e, de modo geral, todos os documentos que o bispo STUBBS reuniu no célebre tomo “*Selected Charters*”⁶⁰⁹.

II. Uma delas, porém, ingressou na História com o curioso nome de ***Unknown Charter of Liberties*** (ou “Carta Desconhecida das Liberdades”). Foi provavelmente redigida entre janeiro e junho do ano de 1215, por parte do rei JOHN THE LACKLAND, como precedente documental imediato da *Magna Charta Libertatum*. Eis o seu texto, segundo McKECHNIE⁶¹⁰ (excerto principal):

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp.244-245; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.353-356. O último desenvolve o binômio “*Constitucionalização e Fundamentalização*”, ponderando que “a **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação, na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ ou ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais” (p.353; grifo no original).

⁶⁰⁶ No Brasil, cf., por todos, Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais...*, pp.41-42.

⁶⁰⁷ Para um exemplo bem recente, vejam-se os artigos 2º, 3º 5º e 6º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 07.12.2000).

⁶⁰⁸ Observando-se, porém, que a expressão “*statute*” passaria a designar, posteriormente, apenas os textos jurídicos votados e aprovados pelo *Parlamento inglês* — especialmente a partir da *restauração*, no ano de 1660 (Jenks, *A short history...*, pp.22 e 187-209). Não foi o caso do *Statute de Merton* ou dos outros *statutes* inicialmente baixados pelos reis ingleses pós-conquista.

⁶⁰⁹ Cf. William Stubbs, *Selected Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1900, *passim*.

⁶¹⁰ Cf. William Sharp McKechnie, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*, Glasgow, Maclehose, 1914, *passim* (especialmente o capítulo IV do Appendix).

“1. Concedit Rex Johannes quod non capiet hominem absque iudicio, nec aliquid accipiet pro iustitia, nec injustitiam faciet.

“2. Et si contingat quod meus baro vel homo meus moriatur et haeres suus sit in aetate, terram suam debeo ei reddere per rectum releveium absque magis capiendi.

“3. Et si ita sit quod haeres sit infra aetatem, debeo ^{or}iii militibus de legalioribus feodi terram bajulare in custodia, et illi cum meo famulo debent mihi reddere exitus terrae sine venditione nemorum et sine redemptione hominum et sine destructione parci et vivarii; et tunc quando ille haeres erit in aetate terram ei reddam quietam.

“4. Si foemina sit haeres terrae, debeo eam maritare, consilio generis sui, ita non sit disparagiata. Et si una vice eam dederò, amplius eam dare non possum, sed se maritabit ad libitum suum, sed non inimicis meis.

“5. Si contingat quod baro aut homo meus moriatur, concedo ut pecunia sua dividatur sicut ipse dividerit; et si praecupatus fuerit aut armis aut infirmitate improvisa, uxor ejus, aut liberi, aut parentes et amici propinquiore pro ejus anima dividant.

“6. Et uxor ejus non abibit de hospitio infra xl. dies et donec dotem suam decenter habuerit, et maritadium habebit.

“7. Adhuc hominibus meis concedo ne eant in exercitu extra Angliam nisi in Normanniam et in Britanniam et hoc decenter; quod si aliquis debet inde servitium decem militum, consilio baronum meorum alleviabitur.

“8. Et si scutagium evenerit in terra, una marca argenti capietur de feodi militis; et si gravamen exercitus contigerit, amplius caperetur consilio baronum regni.

“9. Adhuc concedo ut omnes forestas quas pater meus et frater meus et ego afforestaverimus, deafforesto.

“10. Adhuc concedo ut milites qui in antiquis forestis meis suum nemus habent, habeant nemus amodo ad herbergagia sua et ad ardendum; et habeant foresterium suum; et ego tantum modo unum qui servet pecudes meas.

“11. Et si aliquis hominum meorum moriatur qui Judaeis debeat, debitum non usurabit quamdiu haeres ejus sit infra aetatem.

“12. Et concedo ne homo perdat pro pecude vitam neque membra”.

III. Não se sabe bem qual o momento preciso em que a *Unknown Charter* realmente veio a lume⁶¹¹. Acredita-se que, após receber extensa carta de exigências do baronato insurreto, no mês de maio de 1215 (vide tópico seguinte), o rei JOHN tenha proposto aos sublevados que recuassem, para que as suas demandas fossem apreciadas por um colegiado de oito árbitros, escolhidos por ambos os lados e presididos pelo Papa, desde que os revoltosos recuassem. E, como contra-garantia, prometeu não tomar qualquer medida contra os insurretos, a não ser aquelas expressamente conformes às leis e aos costumes da Coroa (“*according to the law of his kingdom*”), ou que decorressem do julgamento de seus pares (“*the judgment of their peers in his court*”) — resgatando, com isso, a garantia que HENRY I já havia consagrado aos súditos nas *leges Henrici Primi*. Nos dias subsequentes, tais contra-garantias — aliadas a outras proposições que, somadas, não faziam mais que restaurar e sintetizar os princípios da *Great Charter of Henry I* — foram lavradas em carta e assim encaminhadas aos barões, para fins de aceite. Essa foi a *Unknown Charter*. A partir daí, a cláusula de julgamento pelos pares e conforme as leis do reino trasladou-se para a *Magna Charta Libertatum*, na sua redação definitiva, ganhando o mundo e a História como a primeira grande cláusula constitucional de garantia geral-formal dos cidadãos perante as cortes de seus países.

Na suposição de BARLOW, portanto, a *Unknown Charter* surgiu na segunda metade do primeiro semestre de 1215, logo após as derradeiras cartas de exigências dos barões, mas provavelmente ainda antes do documento histórico conhecido como *Articles of the Barons*⁶¹² (que albergou a versão final do conjunto de pretensões do baronato); e, assim, antes também da aprovação mesma da *Magna Charta Libertatum*, datada de 15 de junho (embora a adesão dos revoltosos remonte a 19 de junho e as cópias seladas pelo rei tenham sido remetidas aos bispos, para efeito de publicação, somente em 24 de junho)⁶¹³.

Na *Unknown Charter* podia-se ler, entre as garantias do baronato (a primeira delas), um singelo preceito: “*non capiet hominem absque iudicio nec aliquid accipiet pro iusticia*

⁶¹¹ Cf. Barlow, *op.cit.*, p.419.

⁶¹² Sobre os *Articles of the Barons*, cf., por todos, McKechnie, *Magna Carta...* (capítulo V do *Appendix*).

⁶¹³ Barlow, *op.cit.*, p.419. Cf. também Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.45.

nec iniusticiam faciet” (como transcrito há pouco)⁶¹⁴. E com ela brandia, impávido, todo o espírito dos direitos e garantias concedidos por HENRY I em sua *Great Charter*⁶¹⁵. É certo, então, que — a despeito da ordem histórica dos fatos — a proposta do rei JOHN já incorporava, implícita ou explicitamente, a **garantia do devido processo** como **cláusula assecuratória de julgamentos justos**, tal qual anteriormente consagrada nas *leges Henrici Primi*⁶¹⁶ (ou, antes ainda, no edito germânico de 1037), antecipando-se aos *Articles of the Barons* (que incorporaria, aliás, sete preceitos da *Unknown Charter*) e despregando-a das possibilidades meritórias de cada litígio concreto. Pode-se mesmo afirmar que, àquela altura, tal garantia já estivesse em vias de consolidação — senão consolidada — no panteão constitucional do direito inglês medieval⁶¹⁷ (não sendo, pois, um direito concedido “*ex*

⁶¹⁴ Pela notícia histórica que chega a nossos dias acerca do conteúdo da *Unknown Charter* (reproduzido *supra* — item II), não houve propriamente uma reprodução literal dos termos da *Great Charter of Henry I*, até pelo reduzido número de dispositivos (as *leges Henrici Primi* continham noventa e quatro artigos, como se viu). Assim, deve-se acatar com cuidados a afirmação de NUNES PEREIRA, no sem tido de que a *Unknown Charter* “correspondia, em suma, à Carta de Henrique I, [...] onde se encontraram as mesmas expressões constantes da proposta do Rei John the Lackland (Unusquisque per pares suos judicandus est, et ejusdem provinciae), com seus acréscimos”. No que concerne ao julgamento pelos pares e “*per legem terrae*”, a *Unknown Charter* não teria sido, como se vê, tão explícita. Nada obstante, realmente serviu como ponte de acesso ao espírito da Carta de HENRY I.

⁶¹⁵ O que se revela, inclusive, na introdução à lista de concessões: “*Testibus archiepiscopis, episcopis, baronibus, vivecomitibus et optimatibus toius regni Anglie apud Westmonasterium, quando coronatus fui. Hec est carta regis Henrici per quam barones querunt libertates, et hec consequentia concedit rex Johannes [...]*” (g.n.). E segue o primeiro preceito, transcrito acima.

⁶¹⁶ Na dicção de STUBBS, já reportada acima, a *Great Charter of Henry I* cumpriu o papel de “*foundation stone of the structure on which was raised the noble fabric of the Magna Charta*” (*Lectures...*, p.30), o que é especialmente verdadeiro em relação à cláusula do “*due process of law*”. Mais adiante, STUBBS segue no discurso comparativo, acentuando o papel de ambas as cartas para a aferição do crescente grau de unidade nacional do povo inglês após a conquista normanda: “*So that what Magna Charta was to England after the consolidating and organising work of Henry II and his ministers have been accomplished, that the carter of Henry I was to the nation before the era of reform had begun: it was the promise of a great king and law-giving statesman, who loved method and maintained justice wherever it did not conflict with the one mightier and stronger influence, which was his own despotic will, yet who saw in his hold on the magnates around him the only way as yet of directly benefiting the classes beneath them, the only reasonable hope that in time he might depress their overweening power. ‘What I grant to you, you shall grant to them’, is the keynote of the most important articles, and by comparing that with the sentiment of the barons at Runnymede, who in the 62nd clause of the Charter extended to their vassals all the boons the king granted to them, we may measure the growth of national unity and the difference of idea that had grown up in the 115 years that intervened*” (*idem*, p.122 — g.n.).

⁶¹⁷ A expressão “**constitucional**”, empregada aqui e noutros contextos para o direito medieval inglês, evidentemente não tem em conta a ideia de *constituição em sentido formal* (a pressupor, nos Estados Democráticos de Direito, eleições diretas, assembleia nacional constituinte, suprallegalidade, etc.). Prende-se exclusivamente à noção moderna de *constituição em sentido material* (i.e., à natureza político-fundante de seus conteúdos normativos), na acepção mais prosaica possível. Mesmo nos dias de hoje, aliás, a utilização daquela expressão, para o caso inglês — da chamada “*unwritten Constitution*” —, desaconselha usos mais largos, visto que “*uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, [...] que a unidade fundamental da Constituição [inglesa] não repousa em nenhum texto ou*

novo” sob o pálio da *Magna Charta*, como amiúde se sugere). Mas, nesse contexto de ruptura, elasteceu-se semanticamente a ideia de “*iustum iudicium*” (cf. item 8.2.2, III, *supra*), fazendo-a transcender a dimensão do justo substancial (i.e., da conformidade com as leis do reino). A *justiça substancial* passaria a ser, doravante, um *aspecto* do julgamento justo; já não esgotava, porém, a inteireza de seu conceito⁶¹⁸. E assim seria assimilada pela *Magna Charta*.

8.2.4. A MAGNA CHARTA (1215) E SUAS REEDIÇÕES

I. O reinado de JOHN DE ANJOU — ou JOHN THE LACKLAND —, que sucedeu RICHARD I⁶¹⁹ (seu irmão) no trono inglês, estendeu-se do ano de 1199, após eleição baronial, ao ano de 1216, com sua morte. Não foi, certamente, um governo tranquilo. Tampouco valeria afirmar, sem contestações, ter sido um bom governo. JOHN THE LACKLAND é geralmente retratado, inclusive por seus compatriotas, como um soberano arbitrário, dissimulado e inconsequente. Longe esteve do paradigma de bom rei. Mas legou à posteridade, dentre todas, a mais robusta raiz deontológica na base da garantia do devido processo legal (formal e substancial).

documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos” (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, t. I, p.126).

⁶¹⁸ Nessa precisa ordem de ideias, LOVELAND observou, acerca da doutrina histórica de DICEY (baseada na *Magna Charta* e, portanto, na tradição das *leges Henrici Primi* e da *Unknown Charter*), que “*Dicey’s overt focus on process went hand in hand with a less visible political view about the ‘correct’ substance of the laws which the legislature should make. Dicey was much concerned that the laws which government administered had a high degree of predictability or foreseeability. People needed to know where they stood if they here to run a business, get involved in politics, or start certain types of social relationships*” (Ian Loveland, *Constitutional law: a critical introduction*, London, Butterworths, 1996, p.70 — g.n.). Pode-se dizer que, com DICEY, a doutrina inglesa começou a descortinar a **convergência semântica** entre o *substantive* e o *procedural due process*.

⁶¹⁹ Ou RICHARD COEUR-DE-LION — celebrizado, em língua portuguesa, como “Ricardo Coração-de-Leão” (especialmente nas traduções dos contos do mítico herói inglês “*Robin Hood*”, ou “*Robin dos Bosques*”) —, que reinou na Inglaterra entre 1189 e 1199. JOHN THE LACKLAND assumiu o poder quando RICHARD I encontrava-se preso na Áustria, após retornar na Terceira Cruzada. Libertado, RICHARD I chegou a reassumir o trono inglês, mas por breve período, pois logo morreria em razão de complicações de saúde devidas a ferimento de flecha recebido em batalha.

Façamos, pois, um breve relato dos fatos históricos que antecederam a *Magna Charta Libertatum*⁶²⁰.

II. Coroado em 27 de maio de 1199, JOHN logo aumentou acerbamente a carga tributária dos súditos, na intenção de levantar fundos para custear a sua malsucedida guerra contra a Normandia (que resultou, entre outras coisas, no armistício de 1203). Diante da previsível resistência dos nobres, passou a persegui-los. Com efeito, como vários barões se haviam negado a lutar contra a Normandia em 1201, JOHN desapropriou os seus castelos e tomou-lhes os filhos como despojos. Entrementes, acusado por HUGH DE LUSIGNAN de oprimir os barões de Poitou, fora convocado a julgamento, sem todavia atender à convocação, o que lhe custou a perda judicial de todos os seus feudos. Por isso, tornou-se conhecido pela alcunha “*lackland*” (“sem terra”).

O rei teve por mentor e conselheiro o arcebispo HUBERT WALTER, que falecera em julho de 1205. Após o passamento, pretendeu manter nas mesmas funções eclesiásticas — arcebispado de Canterbury — alguém de sua confiança, indicando JOHN GREY, bispo de Norwich, eleito arcebispo em dezembro de 1205. INOCÊNCIO III, no entanto, havia consagrado STEPHEN LANGTON para o posto; e, instado por JOHN THE LACKLAND a consagrar GREY, o Papa não só rejeitou o pedido, como ratificou a consagração anterior (persuadindo os monges-mandatários a declararem voto em LANGTON) e enviou o novo arcebispo de Canterbury, que o rei se recusou a receber. Por isso, o reino foi submetido à interdição da Igreja em 1208, para a vergonha do país, e o rei terminou excomungado em 1209. Não satisfeito, INOCÊNCIO III deu a JOHN THE LACKLAND um ultimato (1211): ou se curvava às ordenanças da Igreja, ou o Papa editaria bula a desobrigar todos os súditos do dever de obediência ao monarca inglês, com a sua consequente destituição⁶²¹, inclusive

⁶²⁰ Para todo o esboço histórico a seguir, cf. Stubbs, *Lectures...*, pp.345-352, e Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.40-45.

⁶²¹ Despiciendo dizer que, nesse período (Baixa Idade Média) e região (praticamente em toda a Europa não muçulmana), medrava a convicção de que os reis eram “ungidos de Deus”, exercendo seus poderes em nome de Deus e para a sua glória, como **direito natural divino** do soberano. Daí toda a relevância — social, religiosa, política e até mesmo militar — da bênção papal. Nesse sentido, lê-se, em GILISSEN, que, “*de acordo com a concepção dos grandes papas da época (Gregório VII, Inocêncio III, Bonifácio VIII), os reis detêm o seu poder da Igreja que os sagra e os pode excomungar; no entanto, não se trata de uma teocracia, pois o Papa não pode exercer o poder temporal, salvo nos seus próprios Estados*” (John Gilissen, *Introdução...*, p.137 — g.n.). E, neste trabalho, veja-se a respeito o tópico 8. 3, III (*infra*).

sob intervenção militar, caso necessária (incumbida desde logo a PHILLIPE, então rei da França — na verdade, o mesmo HUGH DE LUSIGNAN que havia iniciado o processo de Poitou e privado JOHN de seus feudos).

Nos anos seguintes, a tensão política aprofundou-se, com o desfazimento do armistício acordado com o Príncipe de Wales, o saque e a desapropriação de terras da Igreja na Inglaterra, a prisão de vários barões supostamente desleais à Coroa e os preparativos de PHILLIPE para a guerra que se anunciava. Decrepitava-se a passos largos a legitimidade do rei. No dizer de PONTES DE MIRANDA (quicá com algum maniqueísmo, característico dos autores ingleses do final do século XIX),

“os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; [...] e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava enervar a energia nacional, que se revoltou”⁶²².

III. Sob tais condições, JOHN THE LACKLAND finalmente cedeu e aceitou LANGTON como seu arcebispo, apaziguando a ira papal. Não, porém, a dos barões, que seguiam perseguidos e confiscados. Conclamados mais uma vez para a guerra (agora contra PHILLIPE), outra vez se negaram às armas, a uma porque o rei não estava em comunhão com a Igreja (argumento que perdera sentido após a aceitação do arcebispo LANGTON); e, a duas, porque, de acordo com a *equity* e os costumes locais, a obrigação militar dos barões ingleses — em especial os do norte — não abrangeria confrontos externos.

Ato contínuo, JOHN marchou para o norte, em represália, tencionando dizimar as forças do baronato setentrional. Apenas não o fez porque, em Northampton, fora convencido por LANGTON — apoiador do baronato — a identificar os verdadeiros

⁶²² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *História e prática do habeas corpus*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, p.11.

insubmissos, mediante investigação prévia, e puni-los individualmente. Nada obstante, prosseguiram as restrições da Coroa aos direitos dos barões. STUBBS narra que, em 20 de novembro de 1214, os representantes do baronato, intermediados por LANGTON, formalizaram ao rei as suas reivindicações. O soberano, porém, não os atendeu. Ao revés, tentou inicialmente dividi-los, lançando-os uns contra os outros, sem sucesso; depois, tentou lançar a própria Igreja contra o baronato, outra vez em vão; por fim, já sob as graças do Papa, convenceu-o a censurar publicamente LANGTON e os barões, o que de fato ocorreu. Entretanto, o arcebispo de Canterbury aguentou-se firme em suas posições.

Resolutos, os barões insistiram. As fontes históricas indicam outro encontro, no mês de janeiro de 1215, quanto foram recebidos pelo rei, em comitiva, e tornaram a reivindicar. Na ocasião, JOHN pediu-lhes trégua até o primeiro domingo de Páscoa, para alegadamente meditar a respeito de suas demandas. Entretanto, cessada a trégua sem avanços, os barões reuniram-se em Stamford, elegeram ROBERT FITZ WALTER como seu líder e seguiram até Northamptonshire, onde acamparam na noite de 27 de abril. A pedido do rei (que então se encontrava em Oxford), dirigiram-se para Northamptonshire o arcebispo LANGTON e o nobre WILLIAM MARSHALL (conde de Pembroke) — ambos aclamados, por W. STUBBS, como pilares da Igreja e do Estado na afirmação da independência inglesa e na edificação das respectivas liberdades civis⁶²³ — , com a intenção de mediar o conflito e outra vez recolher as exigências dos sublevados.

Tais exigências foram levadas a JOHN e por ele formalmente recusadas, apesar do aceno real no sentido da solução via arbitragem e das garantias do devido processo (*supra*). Não bastou. Os revoltosos seguiram para Northampton, Ware e Londres, onde ingressaram em 24 de maio de 1215, sob ovações do povo londrino. E foi em Londres, nos limites de suas forças e já sem alternativas de fuga, que JOHN THE LACKLAND finalmente apôs o

⁶²³ Stubbs, *Lectures...*, pp.345-346. *In verbis*: “In this just solicitude for the people, and in the moderation which infringed upon no essential prerogative of the monarchy, we may perceive a liberality and patriotism very unlike the selfishness which is sometimes rashly imputed to those ancient barons; and so far as we are guided by historical testimony, **two great men, the pillars of our church and state**, may be considered as entitled beyond the rest to the glory of this monument — **Stephen Langton, archbishop of Canterbury, and William, earl of Pembroke**. To their temperate zeal for a legal government England was indebted during that critical period for the two greatest blessings that patriotic statesmen could confer — **the establishment of civil liberty upon an immovable basis, and the preservation of national independence** under the ancient line of sovereigns which rasher men were about to exchange for the dominion of France” (g.n.).

selo real sobre a carta de exigências do baronato, possivelmente em junho de 1215, no campo de Runnymede.

Como visto há pouco, não há informações seguras sobre o curso das negociações que culminaram com o beneplácito de Runnymede. Especula-se que, entre as últimas cartas de exigências do baronato e a versão definitiva da Magna Carta de João Sem-Terra (15 de junho de 1215), tenham mediado a *Unknown Charter* e os *Articles of the Barons* (esses talvez já inspirados naquela), no papel de interfaces histórico-documentais entre a *Great Charter of Henry I* e a *Magna Charta Libertatum*. Mas desses elementos mediadores — e particularmente do primeiro — já cuidamos *supra*.

IV. Assinada a *Charta*, porém, nem por isso estiveram assegurados os direitos nela inscritos. Na expressão de STUBBS, “*Magna Charta was signed — signed, but not secured*”⁶²⁴.

Com efeito, logo após assinar a *Charta* e mandá-la à publicação, o rei JOHN passou a conspirar contra a sua existência. Contratou mercenários para subjugar os barões. Ofereceu aos sarracenos a sua conversão ao Islamismo para deles obter apoio militar. Retardou como pôde a formação do comissão de vinte e cinco barões que deveria zelar pela fiel execução da *Charta Magna*, negligenciando a distribuição de seu texto por todos os condados. Por fim, persuadiu o Papa a anular a Magna Carta (o que ocorreu em 24 de agosto de 1215), a suspender os fiéis do voto de obediência ao conselho dos vinte e cinco e a excomungar os barões insurretos e suspender o arcebispo LANGTON.

Em represália, entendendo que as condições da *Charta* não haviam sido atendidas (como de fato não haviam sido), os barões recusaram-se a desocupar Londres e a declarar fidelidade ao rei. Parte do baronato socorreu-se junto ao rei da Escócia, enquanto outra parte recorreu a PHILIPPE, rei da França. Prometeram a LOUIS, filho de PHILIPPE, a assunção do trono inglês após a queda de JOHN, uma vez que seu filho, HENRY III, era

⁶²⁴ Stubbs, *Lectures...*, p.345.

então apenas uma criança. Mobilizado e motivado, LOUIS marchou exitoso sobre terras britânicas, vencendo JOHN em Winchester e em Corfe.

O rei JOHN viria a morrer em 19 de outubro de 1216, deixando esposa, filhos e a infeliz imagem de “*opressor da Igreja e [...] tirano para os seus súditos*”⁶²⁵, sem jamais ter visto a consumação dos direitos civis que consagrara em sua *Magna Charta*.

V. Em termos de conteúdo, a *Magna Charta Libertatum* trouxe contributos fundamentais para a construção do direito moderno. Firmou as bases jurídicas da liberdade ambulatorial, abrindo caminho para o mais vital de todos os *writs* conhecidos (“*the great writ*”), que a posteridade designaria como *habeas corpus* (*Habeas Corpus Amendment Act*, 1679)⁶²⁶. Introduziu em seu artigo 12 o princípio da legalidade tributária (verberado, no direito inglês, por meio da parêmia “*no taxation without representation*”), ao proibir a instituição de impostos sem a autorização dos representantes do baronato. Formalizou o compromisso real de restituição de todos os bens confiscados sem observância do “*legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”⁶²⁷, assim como o de anistia para todas as multas e penalidades impostas em desacordo com a lei da terra (compromissos que não se circunscreveram aos eventos do reinado de JOHN THE LACKLAND, retrocedendo ao ano de 1154, no tempo de RICHARD I e de HENRY II)⁶²⁸. Instituiu um sistema político de freios e contrapesos em plena monarquia, que está na origem do parlamentarismo britânico moderno (qual prelúdio aos eventos do século XVII), acometendo a um conselho de barões

⁶²⁵ Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.52-53.

⁶²⁶ Cf. artigo 36: “*Nothing in future shall be given or taken for a writ of inquisition of life or limbs, but freely it shall be granted, and never denied*”. Sobre as liberdades civis na *Magna Charta Libertatum* e o mandado de *habeas corpus*, no *Habeas Corpus Act* e em outros textos medievais e modernos, cf., por todos, Pontes de Miranda, *História e prática...*, pp.10 e ss.

⁶²⁷ Era o artigo 52 da *Magna Charta*: “*If anyone has been dispossessed or removed by us, without the legal judgement of his peers, from his lands, castles, franchises, or from his right, we will immediately restore them to him; and if a dispute arise over this, then let it be decided by the five-and-twenty barons of whom mention is made below in the clause for securing the peace*”.

⁶²⁸ Tais promessas, porém, frustraram-se em grande medida. Bem pontua NUNES PEREIRA que os compromissos de revisão dos atos reais de confisco “*criavam um inconveniente de enormes proporções, tanto para o Reino, quanto para a Igreja. Muitos dos bens confiscados pelo rei foram doados a outros nobres e membros do clero. Todavia, muitos dos barões que os receberam se encontravam na absoluta insolvência; outros já não mais se encontravam no Reino. Desse modo, além da dificuldade de se reaverem [sic] todos os atos reais desde 1154, encontrava-se o empecilho criado pelo artigo 39 da Magna Carta, que proibia que os barões que receberam as doações fossem desapropriados sem a observância do julgamento justo pelos pares e pela observância das leis da Terra. Tem-se, nesse sentido, a curiosa situação de uma norma que, de certa forma, serve de proteção legal em favor das ilegalidades*” (*O Princípio...*, pp.49-50).

(os “vinte e cinco”) o dever de zelar pela fiel execução da *Magna Charta* — a “*clause for securing the peace*” — e o poder máximo de declarar guerra ao rei (caso não provesse justiça a qualquer caso apresentado por ao menos quatro barões) ou de penhorar bens reais e levantar a imunidade do soberano e de sua família (desde que, para tanto, obtivesse o referendo da comuna)⁶²⁹.

No que diz respeito à Igreja, o primeiro capítulo da *Magna Charta* confirmou os direitos e as liberdades do clero inglês⁶³⁰, (re)estatuindo um princípio da independência eclesiástica. Vedou-se ao rei qualquer interferência nas eleições episcopais (como fizera JOHN THE LACKLAND ao indicar JOHN GREY para o arcebispado de Canterbury) e garantiu-se ao clero a liberdade necessária para administrar os negócios e as propriedades da Igreja, independentemente de permissão ou controle por parte dos ministros do reino⁶³¹.

Alfim, no que respeita ao devido processo, o artigo 37 dispôs sobre as **garantias dos súditos livres perante o direito (“*law*”) e os juízos (“*judgement*”)**, estabelecendo:

“Nullus liber hommo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut ultragetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruat, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”.

Ou, em inglês:

“No freeman shall be taken and imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgement of his peers and [or] by the law of the land”⁶³².

⁶²⁹ Mas, como se viu, não foram poucos os entraves opostos à constituição do conselho baronial (*supra*, n. IV).

⁶³⁰ Cf. R. H. Helmholz, *The Oxford History of the Laws of England*, Oxford, Oxford University Press, 2004, v. I (*The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*), p.175.

⁶³¹ Princípio que, ademais, vinha já do antigo direito inglês, de base anglo-saxônica. HELMHOLZ observa que “*this same linkage of ecclesiastical liberty to free choice of bishops was also made among the Anglo-Saxons. The ancient rule was that elections should be made per clerum et per populum, not by the fiat of lay rules, and this could be understood as excluding royal dictation. Though often ignored, the idea was in circulation*” (*op.cit.*, pp.56-57). Parece, entretanto, que uma fração do princípio consuetudinário — “*per populum*” — foi geral e convenientemente olvidada após a conquista normanda.

⁶³² Cf. Ronda Wasserman, *Procedural Due Process: A Reference Guide to the United States Constitution*, Westport, Praeger, 2004, p.02 (versão de RODNEY L. MOTT — trocando-se, na transcrição, “*disseized*” [sic] por “*disseised*”, e acrescentando-se a disjuntiva “*or*”). Essa nos parece, com efeito, uma das traduções mais *fidedignas* ao original em latim. Em português (a partir do latim), teríamos: “**Nenhum homem livre será capturado, ou feito prisioneiro, ou esbulhado, posto fora da lei, ou exilado, ou de alguma forma destruído,**

E, em arremate, dispôs o artigo 40:

“Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam”.

Ou, em inglês:

“To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice”⁶³³.

Com tais preceitos, protegiam-se os *homens livres* — e já não apenas os barões ou os clérigos — de quaisquer ingerências despóticas dos reis ingleses que atentassem contra o direito da terra (à época, basicamente, os *costumes* do direito antigo); e, bem assim, de quaisquer julgamentos viciados, assim se entendendo os não fossem dimanados por seus pares. Deitam aqui, a propósito, as mais robustas raízes da sólida tradição anglo-saxônica em torno do “*trial by jury*” (= julgamento pelo júri)⁶³⁴, que é a variante mais autêntica do postulado de **julgamento pelos pares**. Não por outra razão, a Inglaterra conheceu, ao longo

nem iremos contra ele, nem mandaremos alguém contra ele, exceto mediante o legítimo [legal] juízo de seus pares e [ou] pelo direito [lei] da terra” (tradução livre). Há, entretanto, diversas outras versões para o preceito, seja em razão das reedições da *Charta Magna* (1216, 1217, 1225, 1237, 1297, 1354 — *infra*), seja em razão da diversidade de traduções (para o inglês e para os outros idiomas). Para o latim, PONTES DE MIRANDA publicitou, em célebre obra, a seguinte versão (bem mais extensa): “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliquo modo destruat de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum incarcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam*” (Pontes de Miranda, *História e prática...*, p.15). Já em BARLOW (*op.cit.*, p.421), encontra-se a seguinte versão para o inglês (ainda mais fidedigna ao latim do texto principal, *supra*, que aquela de MOTT): “*No freeman shall be arrested, or kept in prison, or disseised [of his freehold], or outlawed, or banished, or in any way brought to ruin — and we will not act against him or send others against him — unless by the lawful judgement of his peers or by the law of the land*”. Outras versões inglesas, com sensíveis variações de texto, podem ser encontradas em Gordon e Margie Lloyd, *The Essential Bill of Rights: Original Arguments and Fundamental Documents* (Lanham, University Press Of America, 1998, p.14), e em Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (Durham, Carolina Academic Press, 1987, p.656). O mesmo se dá, enfim, na língua portuguesa. Para o caso brasileiro, veja-se, em SILVEIRA, a seguinte versão (baseada na reedição de 1225 da *Magna Charta*): “*Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou de seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra*” (Paulo Fernando Silveira, *Devido Processo Legal*, 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p.19). E, para o cotejo, veja-se a versão de VELLOSO: “*Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país*” (Carlos Mário da Silva Velloso, “*Princípios constitucionais do processo*”, in *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p.224). Tais discrepâncias enunciativas podem ter reflexos semânticos importantes, como se desenvolve, a seguir, no texto principal.

⁶³³ Em português: “*A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos justiça*”.

⁶³⁴ Conquanto não as mais **profundas**: não se pode menosprezar a influência franca (instituto do “*mallum*”), reportada *supra* (tópicos 8.1.1, II, e 8.2.1, III), que possivelmente serviu à modulação original do “*trial by jury*” na realidade dos condados ingleses, muito antes da outorga da *Magna Charta*.

de todo o século XIII, uma série de reformas procedimentais — iniciadas já no final do século XII — tendentes a substituir gradualmente todos os antigos métodos de julgamento (tanto os ingleses, com as ordálias de fogo e de água, como os normandos, com os duelos judiciais) pelo *procedimento de júri* (“*jury system*”), que se tornou, doravante, o procedimento ordinário inglês, tanto na esfera cível como na criminal⁶³⁵. Os detalhes dessa importante evolução perderam-se entre os ditos “mistérios insolúveis” da história do direito inglês (JENKS), mas é certo que, já em meados do século XIV, as ações civis ordinárias de “*common law*” eram todas julgadas por júris compostos de doze homens⁶³⁶.

Aliás, a opção histórica pelo julgamento paritário tem sido um forte argumento daqueles que negam a influência do “*ius commune*” romano sobre a *Magna Charta*, uma vez que três das principais características modernas do direito anglo-saxônico, herdadas das suas bases medievais (e muito particularmente da *Magna Charta*, primeiro texto normativo “editado” pela Coroa), são estranhas ao direito comum romano: (a) o largo emprego de jurados (“*peers*”) para decidir questões de fato; (b) a ausência ou prescindibilidade de formação universitária (diríamos “erudição científica”) entre causídicos ingleses dos primeiros tempos; (c) a especial natureza do regime jurídico inglês de transmissão de direitos reais imobiliários (em relação ao sistema jurídico romano⁶³⁷⁶³⁸).

Releva observar, ademais, que os cultores da história do direito inglês têm alimentado um discreto debate sobre a *relação de heterorreferência* entre a cláusula de julgamento pelos pares (“*lawful judgement of his peers*”) e a de julgamento pelo direito da terra (“*by the law of the land*”). Como se viu *supra*, as versões latinas sempre trazem, entre uma cláusula e outra, o vocábulo “*vel*” (que literalmente significaria “ou”). Discute-se, porém, se a função sintática histórica de “*vel*” seria *disjuntiva* (a justificar traduções como

⁶³⁵ O que também representou, a propósito, uma **laicização** dos procedimentos, porque as ordálias eram praticadas diante de autoridades religiosas e asseguravam privilégios “*ex ratione personae*” para os próprios clérigos.

⁶³⁶ Cf. Jenks, *A short history...*, p.163 (“[...] among the unsolved mysteries of English legal history [...]”).

⁶³⁷ V. G. G. Feliciano, *Tratado...*, *passim* (especialmente o tópico 3.6).

⁶³⁸ Helmholtz, *op.cit.*, p.145 e nota n. 258 (reportando-se a J. C. HOLT). O próprio HELMHOLTZ, porém, perfilha tese diversa, divisando linhas de influência entre a *Magna Charta* e o direito romano (“*ius commune*”) e canônico medieval. Chega a asseverar que “*many Englishmen, including common lawyers, knew something of the canon law. It is not beyond thinking — though it is hard to prove — that they made use of what they knew*”.

“*or*”/“*ou*”) ou *conjuntiva* (a justificar traduções como “*and*”/“*e*”). Se *disjuntiva*, poder-se-ia concluir, ao menos em tese, que um legítimo julgamento pelos pares dispensaria casuisticamente a observância da “*lex terrae*”, podendo mesmo contrariá-la; ou, ao revés, que o julgamento segundo a “*lex terrae*” pudesse dispensar, episodicamente, o “*trial by jury*”. Se *conjuntiva*, por outro lado, não poderia haver, em absoluto, prisões, desapossamentos, exílios, banimentos, clandestinidade ou investidas quaisquer da Coroa sem o atendimento cumulativo dos dois pressupostos, a saber, o julgamento pelos pares e o acatamento ao direito da terra.

RODNEY MOTT⁶³⁹ conclui que a melhor significação seria a *conjuntiva*, à mercê dos antecedentes históricos e na tradição jurídica subsequente; e, por assim entender, traduziu “*vel*” como “*and*” (*supra*). Mas é o próprio MOTT a admitir que as constituições norte-americanas seguiram a tradição de Lord EDWARD COKE (1552-1634), lendo *disjuntivamente* a palavra⁶⁴⁰. É, com efeito, a tradução encontrada nos variegados monumentos jurídicos norte-americanos: “*by the judgement of his peers or by the law of the land*” (v. *Maryland Declaration of Rights*, 1776; *Massachusetts Constitution*, 1780; *New Hampshire Constitution*, 1783). Nada obstante, a jurisprudência universal — inclusive a norte-americana — não trasladou os sentidos da disjunção gramatical à hermenêutica do princípio, nem lhes reservou maiores elaborações, sequer nas formulações contemporâneas do “*due process*” (“*procedural due process*” e “*substantive due process*”). Daí se poderia argumentar que, a despeito da matriz histórica, a prática sepultou o sentido e a utilidade de qualquer leitura disjuntiva. Essa seria uma solução de autoridade; simples e pragmática, mas inábil a dar respostas científicas. Afinal, pode haver “*substantive due process*” — ou julgamento “*by the law of the land*” — **em prejuízo** do “*procedural due process*”, tal como assimilado pela cultura jurídica romano-germânica? Em que medida essas dimensões do “*due process of law*” interagem e se complementam, e em que medida podem se repelir? Ora, essa é a pergunta-chave subjacente à presente Tese. Tornaremos ao tema, com vagar, *infra* (capítulo IV da Parte I), para adiante demonstrar as possibilidades dessa equação de forças (Parte III).

⁶³⁹ Rodney L. Mott, *Due Process of Law*, New York, De Capo, 1973, § 1, n. 8. Veja-se, ainda, McKECHNIE, *Magna Charta...*, pp.381-383.

⁶⁴⁰ *Idem, ibidem*. Cf. também Wasserman, *Procedural...*, p.15, nota n. 4.

Por agora, porém, bastamo-nos com isso, mesmo porque volveremos à interpretação do artigo 37 — especialmente quanto à ideia de “*law of the land*” — no tópico seguinte. No que interessa a esta breve incursão histórica, resta pontuar que a Magna Carta serviu inclusive às *gerações posteriores*, inspirando a oposição parlamentar inglesa contra o absolutismo da dinastia dos Stuarts (século XVII) e infundindo destemor aos colonos ingleses que deflagraram a Revolução Americana de 1776 — aos quais coube denunciar, entre outras coisas, a violação da norma do precitado artigo 12 da *Magna Charta*, uma vez que a Coroa instituíra impostos sem a prévia autorização do colonato (que havia de ser colhida mediante votações provinciais em assembleias perante os governadores-gerais). Ainda hoje, no Reino Unido, reconhece-se parcial vigência à *Magna Charta* (na redação de 1297), nomeadamente aos seus artigos 1º, 9º, 29 (artigos 39 e 40 da *Charta* original) e ao próprio artigo 37 (“*due process of law*”), em parte — inclusive com **status constitucional**.

Não foi decerto um monumento jurídico notável por seu apuro técnico ou pelas suas boas práticas; nem tampouco logrou, por si mesma, transformar a sociedade britânica. Mas se tornou, no Ocidente, ícone dos ideais liberais e das garantias individuais. Para o Direito, quiçá valha mais por seu simbolismo que pelos seus conteúdos.

VI. No entanto, tem razão LOVELAND⁶⁴¹ quando nega à *Magna Charta Libertatum* o caráter de instrumento político de *democracia* (no sentido moderno). Ela se prestou originalmente a favorecer poucos; essencialmente, barões e clérigos. Textualmente, foi mais benfazeja e dirigiu-se a todos os “homens livres” (“*liber hommo*”/“*freeman*”). Ainda assim, porém, consagrou exclusões. Nada dispôs para os servos ou para os escravos, o que levou aquele autor britânico a asseverar que a Carta Magna não fez mais que transferir parte dos poderes do rei para uma aristocracia bem definitiva, que controlaria o Parlamento nos anos vindouros.

Além disso, cabe bem a crítica de NUNES PEREIRA, fiando-se em F. BARLOW, no sentido de que

⁶⁴¹ Loveland, *Constitucional law*..., pp.32-33.

“o texto ignora algumas das questões mais relevantes para a harmoniosa relação entre a nobreza e o monarca, questões que ainda necessitavam ser placitadas, como a regulamentação dos direitos relativos ao serviço militar. O texto também se vale, de modo excessivo, de expressões genéricas e vagas, praticamente relevando ao intérprete a tarefa de executar os comandos legais acordados. [...] Nesse sentido, de fato, constatou-se que houve, de imediato, uma notável diversidade nas interpretações formuladas com relação a expressões como “justo”, “injusto”, “lei” ou “costume razoável” etc., o que determinou a conclusão de BARLOW de que a Carta era um julgamento inadequado do passado e um guia impraticável para o futuro [...]”⁶⁴².

No entanto, a nosso ver, tais deficiências não justificam a depreciação do relevante papel histórico do documento (como NUNES PEREIRA termina alvitando, em seu afã de “desfazer” o mito da *Magna Charta*⁶⁴³). É indiscutível de que não coube à Carta de 1215 elaborar, fundar ou inaugurar a ideia de “*legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”, uma vez que esse texto — em versão muito símile (“*secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum*”) — remonta a pelo menos o ano de 1037 (CONRAD II), como dito alhures (tópico 8.1.1). Também está fora de dúvidas que a *Charta* foi, na origem, mais um remédio político de pacificação (ou — diriam alguns — de *distração*, considerando-se a resistência visceral e os movimentos ulteriores do rei JOHN) do que, propriamente, um produto cultural do amadurecimento das ideias político-jurídicas da ilustração inglesa. Inapelável, enfim, a desoladora *inefetividade* da Carta, ao menos no tempo de JOHN THE LACKLAND, e também no porvir imediato. Mas, por outro lado, há que se reconhecer à *Magna Charta Libertatum*:

⁶⁴² Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.49.

⁶⁴³ *Idem*, pp.46-57. Leia-se, especialmente, à p.48: “Sem embargo, embora reconhecível a aceitação universal da Magna Carta como instrumento de limitação do exercício do poder estatal, é preciso desmistificar um pouco essas considerações acerca do monumental objeto das interpretações”. Adiante, à p.56: “Em sua evolução histórica, portanto, deve a importância da Magna Carta ser restringida à de norme que inaugura a positivação do Direito Inglês, à medida que foi impressa como sendo o primeiro texto normativo escrito do Reino. Tanto assim que o texto sofreu várias edições (1215, 1216, 1217 e 1225), sendo que em cada edição posterior se omitiam cláusulas constantes da edição anterior, e sua fragilidade como norma impositiva, sobretudo em relação ao soberano, era tão explícita que havia a necessidade de que fosse confirmada a cada monarca que sucedia ao trono inglês (Henrique a confirmou em 1237; Edward a confirmou em 1297), sob o risco de cair no mais completo vazio”.

i. a condição de **petição de direitos e garantias pactuada em tempo de ruptura**⁶⁴⁴, a sinalizar não apenas para uma viragem política, mas para uma *viragem axiológica*, que paulatinamente aproveitou à generalidade dos cidadãos (n. VII, *infra*);

ii. a sua **vocação para a universalidade**, a inspirar, ainda hoje, constituições nacionais — mesmo fora do mundo ocidental — e teses jurídicas (como esta);

iii. a **ultratividade de vários dos seus conteúdos ético-normativos** (inclusive o “*legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”), fora do seu próprio tempo, não apenas no plano da *validade*, mas também no plano da *eficácia* (*supra*, n. V), inclusive além-Mar (no estopim da Revolução Americana, p. ex.)⁶⁴⁵;

iv. o emprego incipiente de *enunciados abertos* (“*aliquo modo destruat*”, “*per legem terrae*”) — anunciando a técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais*⁶⁴⁶ (sendo a própria cláusula do devido processo legal uma *cláusula geral* por excelência) — para dispor sobre direitos e garantias fundamentais (o que viria a ser uma técnica recorrente no século XX, especialmente nos contextos de colisão de princípios jurídicos^{647, 648, 649}).

⁶⁴⁴ O que termina aproximando-a, afinal, das grandes *revoluções liberais* do século XVIII. Senão pelos *valores* — e nos parece que, em boa medida, eram já *valores liberais*, conquanto vazados em plena Alta Idade Média —, ao menos pela *circunstancialidade*. A corroborar, aliás, a boa fama britânica das “revoluções sem sangue” (nem sempre fiel à realidade, como se verá adiante, já nos anos modernos).

⁶⁴⁵ Nesse sentido, considerando a *Magna Charta Libertatum* como o mais importante entre os documentos legais da história inglesa — e nem tanto por seu conteúdo, mas sobretudo **por suas “implicações”** — cf. Naamani Tarkow, “*The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy*”, in *Political Science Quarterly*, New York, Academy of Political Science, 1943, v. 58, n. 4 (December), pp.537–561 (especialmente pp.547-548). Da mesma forma, revelando o crucial peso jurídico-político da *Magna Charta* na Inglaterra de cem anos mais tarde (século XIV), sob EDWARD III, veja-se, no item seguinte (n. VII), o excerto de PAULO FERNANDO SILVEIRA. Tudo isso conduz a uma constatação que é, no mínimo, curiosa: se é certo que o texto da *Magna Charta* gozou de reduzida efetividade ao tempo de JOHN THE LACKLAND, também é certo que, nos séculos seguintes, dimanou efeitos — no plano do discurso jurídico ou até mesmo “*de lege lata*” — inclusive *fora* da Europa. Ao menos em parte, seu futuro resgatou-lhe a autoridade.

⁶⁴⁶ Cf., *infra*, a nota n. 884.

⁶⁴⁷ Veja-se, por todos, CANOTILHO, que bem identifica, de um lado, a “intranquilidade discursiva actual”, e, de outro, a “**metodologia fuzzy**” a carregar hodiernamente o discurso sobre direitos humanos fundamentais (em especial os econômicos, sociais e culturais), impregnando a sua dogmática de “vaguez”, “indeterminação” e “impressionismo”. Justifica, porém (ou ao menos em parte), o discurso “fuzzy” — que, ademais, tem “*peso retórico [...] hoje comum a quase todas as ciências sociais*” —, observando, com ISENSEE, que essa é uma característica quase inerente à “*instabilidade e imprecisão de um sistema jurídico*”

Não por outra razão, aliás, a gênese do “*due process of law*” tem sido iterativamente deslocada — com equívoco, insista-se — para 1215. Retrocedendo na linha histórico-evolutiva do instituto, a *Magna Charta* é certamente o evento mais reluzente; genuíno *farol* nos umbrais da Idade Média. Em termos históricos e políticos, o seu peso é seguramente maior que o do edito de CONRAD II ou mesmo o das *leges Henrici Primi*. Assim, nem tanto pela novidade jurídica, mas sobretudo pela densidade política, a *Magna Charta* granjeou o papel de destaque que oito séculos de História lhe reservaram no estudo do “*due process of law*”. E, “*venia concessa*”, merece mantê-lo.

VII. A *Magna Charta Libertatum*, primeiro documento legal (normativo) oficialmente impresso e editado pela Coroa inglesa, sofreu sucessivas reedições, que invariavelmente lhe alteravam a redação, normalmente suprimindo cláusulas ou conteúdos. Mais tarde, experimentou também confirmações por atos da Coroa ou do Parlamento, que igualmente introduziram alterações textuais. Houve reedições em 1216, 1217 e 1225. Houve confirmações soberanas em 1237 (HENRY III) e em 1297 (EDWARD I). Ato do Parlamento inglês referendou-a e universalizou-a em 1354, sob o reinado de EDWARD III.

aberto [...] quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (system-immanente) quer a conteúdos normativos transcendentais ao mesmo sistema (system-transcendente). Essa indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes” (J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.100-101). Por isso, afinal, “os direitos fundamentais — sobretudo os direitos fundamentais económicos, sociais e culturais — têm sido subtraídos a uma dogmática jurídico-constitucional e deslocados para as teorias da justiça, as teorias sociais críticas, as teorias da fundamentação, as teorias da argumentação e as teorias económicas do direito” (*idem*, p.116). A utilização de **conceitos abertos** não é, pois, necessariamente um “defeito” (ao menos na perspectiva jurídica contemporânea); e, se é assim, não parece justo censurar a *Magna Charta* apenas por ter lançado mão de uma metodologia alguns séculos à frente de seu tempo (mas — diga-se — num contexto de instabilidade política que provavelmente a recomendava).

⁶⁴⁸ Para o específico caso inglês (cláusula do “*due process of law*”), em sentido bem semelhante, veja-se em NUNES PEREIRA (*O Princípio...*, pp.98-99): “[...] se se verifica no Direito Continental uma verdadeira viragem hermenêutica, rumo à **judicialização** (supremacia do Judiciário) e ao **conceito de norma constitucional como norma de caráter aberto**, esta transformação se deve aos rudimentos do Direito Inglês, dentro os quais assume reconhecida e notória relevância o princípio do devido processo legal substantivo, cujas **bases históricas se arraigam à própria gênese do law of the land clause/due process of law clause**” (g.n.). Curiosamente, é o mesmo NUNES PEREIRA que, pouco antes, fazia coro com BARLOW na crítica ao emprego de “expressões genéricas e vagas” pela Carta Magna de 1215...

⁶⁴⁹ Diga-se, por outro lado, que, nesse item em particular, a “novidade” realmente não pode ser creditada à *Magna Charta*, mas, antes dela, ao edito de CONRAD II (1037), que já vazava esta garantia “*in conceptu*”. (cf., *supra*, o tópico 8.1.1, III). Mantém-se, porém, o presente destaque, exatamente porque os dois primeiros característicos — a pactuação em tempo de ruptura e a vocação universal — acabam por **diferenciar** esse último, inclusive em relação ao que representou, para os povos da posteridade, o edito feudal de 1037 (que os livros de História mal referem).

Em geral, no entanto, foram todas *reedições*, e assim haveremos de chamá-las. Especula-se, inclusive, acerca da ocorrência de várias confirmações no curso de um mesmo reinado, face à dúvida recorrente que insistia em pairar sobre a validade da Carta⁶⁵⁰ (a rigor, um vazo de origem, já que fora desautorizada alguns meses após o seu próprio selamento, à mercê da anulação papal — *supra*, n. IV).

No entanto, algumas reedições trouxeram consigo novas perspectivas, inclusive no sentido da *expansão* dos direitos civis.

Na reedição de 1225, por exemplo, o artigo 39 — correspondente ao artigo 37 da edição de 1215 — estava assim redigido:

“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send other to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”.

Mais abrangente e liberal, o texto reeditado apresenta algumas variações relevantes, a saber: **(a)** a garantia foi estendida a “*rights or possessions*” (dir-se-ia, em português, “*bens e direitos*”), o que não estava explícito na redação de 1215; **(b)** não mais se utilizou a expressão “*in any way destroyed*” (= “*aliquo modo destruat*”), pouco adequada a textos jurídicos, optando-se pela significativa locução “*deprived of his standing in any other way*” (i.e., “reduzido em sua condição ou *status* de qualquer outro modo”), com possibilidades hermenêuticas bem mais auspiciosas; **(c)** o “*procedural due process*” expressou-se pela locução “*judgement of his equals*” — e não, como antes, “*judgement of his peers*” (= “*iudicium parium suorum*”) —, o que se afina melhor com a ideia mesma de **igualdade formal** (na medida em que “*peers*”, ou “*parium*”, sugere a divisão da sociedade em castas ou classes, com direitos distinguidos conforme esses estratos). Numa sociedade formalmente igualitária, absolutamente *todos* são iguais perante a lei, perdendo sentido a ideia de “*pares*” entre si.

⁶⁵⁰ Cf., outra vez, Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.56 (citando A. HOYOS).

Mas, nesse esforço de descrição evolucionária, é sobretudo importante comentar a **reedição de 1354**, sob o pálio de EDWARD III. Ali se redigiu, nos seguintes termos, o preceito correspondente ao artigo 37 da *Magna Charta*:

“**No man, of what estate or condition that he be**, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor put to death, without being brought in answer by **due process of law**” (*g.n.*).

Percebem-se, pois, duas inovações fundamentais em relação ao texto original de 1215. A primeira, quanto aos beneficiários da norma. E a segunda, quanto ao “*nomen iuris*” do princípio.

Quanto aos beneficiários da norma, o perfil aristocrático originalmente associado às garantias da Carta Magna — porque cunhadas em prol do baronato e facultadas apenas aos “*liber hommo*” — cede em favor da *universalização* dos direitos civis, alcançando qualquer do povo. É a arguta reflexão de A. E. PEREZ LUÑO⁶⁵¹ e, no Brasil, de PAULO FERNANDO SILVEIRA⁶⁵² (citando JOHN MILLAR):

“O “no man” quis dizer “nenhuma pessoa”, estendendo o benefício do devido processo, albergado na Magna Carta, a **todo súdito inglês** [o que incluía, em tese, servos e não libertos], **independentemente de seu estado ou condição social**. Na realidade, [...] a Magna Carta tinha objetivos limitados, como medida baronial visando assegurar o privilégio de uns poucos indivíduos. Mas como as condições sociais e econômicas mudaram na Inglaterra, as liberdades e privilégios contidos na Magna Carta foram gradualmente estendidas para incluir uma maior seção da população. **Quando os ingleses pressionaram para um maior alargamento de suas liberdades civis, eles encontraram na Magna Carta um grande valor:** ela deu peso e autoridade para suas medidas, forneceu-lhes o caminho para direcioná-los no intrincado processo da especulação política e os encorajou a proceder com ousadia na realização de um plano, cuja utilidade tem sido submetida ao teste da experiência”.

⁶⁵¹ Antonio-Enrique Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp.34-35 (considerando já a ratificação moderna desse texto no ano de 1628, pela *Petition of Rights* inglesa, a que nos reportaremos *infra*).

⁶⁵² *Devido Processo...*, pp.188-189 (*g.n.*).

Quanto ao “*nomen iuris*”, empregou-se pela primeira vez, em textos jurídicos documentados, a expressão “*due process of law*”. Mesmo NUNES PEREIRA — cético quanto ao papel histórico da *Magna Charta* para o devido processo, como visto (*supra*, n. VI) — chega a assertar que

“nisso sim se reconhece inovação, inovação essa sobre o **aspecto formal ou linguístico — significante** — e não sobre o aspecto material ou contutístico — significado”⁶⁵³.

Com isso, já a partir do final do século XIV, as expressões “*due process of law*” e “*law of the land*” passaram a ser intercambiáveis, tanto nos textos legais como nos textos de doutrina⁶⁵⁴. Entendiam-se, e ainda hoje se entendem no direito anglo-saxão, como locuções perfeitamente sinônimas.

O que nos remete ao tópico seguinte.

8.2.5. O PRINCÍPIO “*BY THE LAW OF THE LAND*” E O “*DUE PROCESS*”

I. Como dito, as expressões “*due process of law*” e “*law of the land*” tornaram-se intercambiáveis a partir do século XIV, com a reedição da *Magna Charta Libertatum* sob EDWARD III (1354). Logo, a compreensão histórica do que seja o “*due process of law*” passa necessariamente pelo entendimento semântico mais exato possível do princípio “*by the law of the land*”, presente na história do direito inglês desde pelo menos a promessa formal de WILLIAM THE CONQUEROR em 1066 (*supra*, tópico 8.2.2).

O que se abriga, entretanto, sob a locução “*law of the land*”?

⁶⁵³ *O Princípio...*, p.56 (g.n.).

⁶⁵⁴ Cf., por todos, Henry J. Abraham, Barbara A. Perry, *Freedom and the court*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p.94; e, entre os clássicos, Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations: which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown and Company, 1868, p.353: “Indeed, the language employed is always nearly identical, except that the phrase ‘*due process [or course] of law*’ is sometimes employed, and sometimes ‘*the law of the land*’, and sometimes both; but **the meaning is the same in every case**” (g.n.).

II. Especula-se que, originalmente, a expressão “*per legem terrae*” (= “*by the law of the land*”) significasse apenas a observância de um *processo judicial* adequado à natureza do caso (fosse por duelos, ordálias ou compurgações, nos processos criminais; ou duelos, testemunhadas, escrituras ou juramentos, nos processos cíveis sobre bens imóveis). Resumia-se, pois, à garantia de “*orderly proceedings*”, num sentido muito próximo à concepção hodierna de “*procedural due process*”⁶⁵⁵.

Com esse sentido aproximado, merece menção a primeira parte da definição que WEBSTER teria legado à posteridade, segundo COOLEY⁶⁵⁶, como a mais frequentemente citada dentre todas as concernentes ao princípio “*by the law of the land*” (extraída dos anais do *Dartmouth College case*):

“By the law of the land is most clearly intended the general law, which hears before it condemns, which proceeds upon inquiry, and renders judgement only after trial”⁶⁵⁷.

Entretanto, é certo que tal noção dilargou-se paulatinamente, para albergar a proteção de direitos e liberdades individuais *fora* do processo (*conteúdo substantivo*). Com isso, recorrendo às categorias modernas, pode-se afirmar que as restrições dimanadas da cláusula de “*due process*” já não se impunham apenas e tão somente ao Estado-juiz — ou por intermédio dele —, mas também ao Estado-legislador (o Parlamento) e ao Estado-administração (a Coroa), inclusive diretamente. Supõe-se que ao menos a partir do século XVII, com Sir EDWARD COKE, essa compreensão sobre a “dupla face” do devido processo (processual e substantiva) já se houvesse generalizado.

⁶⁵⁵ Cf. Sampaio Dória, *Direito constitucional tributário...*, pp.12-13. Citado também por NUNES PEREIRA (*O Princípio...*, pp.76-77).

⁶⁵⁶ Cf. Cooley, *A Treatise...*, pp.353-354.

⁶⁵⁷ Para constar, a definição de WEBSTER prossegue nos seguintes termos (que já flertam com a ideia de “*substantive due process*” ou, ao menos, com a ideia de *legalidade* que viria a ser consagrada pelo *Act of Settlement* de 1701): “*The meaning is, that every citizen shall hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of general rules which govern society. Everything which may pass under the form of an enactment is not the law of the land*”.

De fato, nos anos seiscentos, Sir EDWARD COKE traduzia a locução “*per legem tarrae*” como “*by the Commom Law, Statute Law or Costume of England*”⁶⁵⁸. Intercambiava-a, ademais, com a expressão “*without due process*”, como visto acima:

“The “law of the land” meant the common law, and the common law required “due process”” [“en due manere ou process fait sur brief original a la commune lei”]⁶⁵⁹.

Seus exemplos mais frequentes remetiam à esfera processual-procedimental (acusação, citação, mandados, imparcialidade judicial⁶⁶⁰), mas COKE não se furtou a ilustrar o princípio no plano dos direitos materiais, reconhecendo, sob sua guarida, a *liberdade contra monopólios* (“*freedom from monopoly*”)⁶⁶², entre outras das liberdades

⁶⁵⁸ Valendo sempre lembrar, a propósito, que “o *costume* é a principal fonte de direito a Europa ocidental, *do séc. X ao séc. XIII*; e continua a sê-lo, pelo menos no direito privado, até ao fim do Antigo Regime” (John Gilissen, *Introdução...*, p.17 — g.n.). O que significa reconhecer, com o americano THOMAS COOLEY (dois séculos depois de COKE), que “the words ‘by the law of the land’ [...] do not mean a statute passed for the purpose of working the wrong. That construction would render the restriction absolutely nugatory, and turn this part of Constitution [E.U.A.] into mere nonsense. The people would be made to say to the two houses [parlamentares]: ‘You shall be vested with the legislative power of the State, but no one shall be disfranchised or deprived of any of the rights or privileges of a citizen, unless you pass a statute for that purpose. On the other words, **you shall not do the wrong, unless you choose to do it**’” (g.n.), o que é, obviamente, uma **contradição** com a ideia mesma de Estado de Direito. Noutras palavras, a “law of the land” para cada caso concreto não era, necessariamente, uma lei votada pelo Parlamento; e, ainda quando houvesse lei assim promulgada, poderia ser desconforme à “law of the land”, se o seu propósito fosse “errado”, i.e., contrário aos costumes imemoriais do povo (o que, na perspectiva norte-americana, coincide com o texto — e o “espírito” — da Constituição em vigor).

⁶⁵⁹ Cf., por todos, William Holdsworth, *A History of English Law*, 7th ed., London, Methuen, 1956, p.59-62; John Orth, *Due Process...*, pp.07-08. Observe-se, ademais, que COKE baseou sua redação em texto de *statute* redigido no ano de 1350, em *Law French* (entre colchetes), o que revela a antiguidade da equiparação (bem anterior ao próprio COKE). Sobre o *Law French*, cf., *supra*, o item 8.2.1, III. Aliás, segundo STRONG, “it was he [COKE] who gave permanence to the concept of ‘due process of law’ by asserting its equivalency to per legem tarrae of chapter 29 of Magna Carta” (Frank R. Strong, *Substantive due process of law: a dichotomy of sense and nonsense*, Durham, Carolina Academic Press, 1986, p.14).

⁶⁶⁰ “Illustrating the ‘many cases’ in which Coke claimed the common law had invalidated parliamentary statutes, he returned obsessively to the judge in his own case: ‘So, if any Act of Parliament gives to any to hold, or to have conusans [cognizance] of all manner of pleas arising before him within his manor of D., yet he shall hold no plea, to which he himself is a party,’ citing once again the Latin maxim: ‘iniquum est aliquem suae rei esse judicem’ (it is unfair for someone to be a judge in his own case)” (John Orth, *Due Process...*, pp.21-22).

⁶⁶¹ Cf. Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.79 (citando CHARLES A. MILLER).

⁶⁶² Com efeito, Sir COKE insistiu na tese da incompatibilidade entre os monopólios e o sentido material da cláusula do “*due process of law*”, de modo que todos os mercadores teriam a si assegurado, por costumes legítimos e antigos, o direito de ingressar na Inglaterra, por ela viajar, nela permanecer e dela partir, por terra ou pelo mar, para **comprar e vender livremente** suas mercadorias, ressaltando-se apenas os inimigos do país. E assim concluía seus comentários ao capítulo 41 da *Magna Charta* (1354): “Upon this chapter, as by the said particulars may appeared, this conclusion is necessarily gathered, that **all monopolies concerning trade and traffique, are against the liberty and freedom**, declared and granted by this great charter, and against divers other acts of parliament, which are good commentaries upon his chapter” (cf. Strong,

garantidas aos ingleses pelo artigo 29 da *Magna Charta* (reedição de 1354). E assim tem sido desde então. No direito contemporâneo, JOHN ORTH resume o estado da questão em dois **paradigmas** conceituais, ambos derivados da cláusula do devido processo legal: o “*no making a man a judge in his own case*” (= “*procedural due process*”) e o “*no taking from A and giving to B without due process of law*” (= “*substantive due process*”)⁶⁶³.

III. Na verdade, porém, a especulação quanto à natureza estritamente processual do “*due process of law*” originário não é, em absoluto, pacífica. Há quem sustente que, já no nascedouro, a expressão “*law of the land*” (“*per legem terrae*”) encerrasse um sentido de antagonismo direto com o *direito positivo* da época, servindo o princípio à *deslegitimação* dos textos de lei que contrariassem um certo paradigma normativo derivado da tradição consuetudinária inglesa. Assim, o vocábulo “*law*” (“*lex*”) contrapor-se-ia aos decretos do rei JOHN, enquanto o complemento nominal “*of the land*” (“*terrae*”) contrastaria com os conjuntos de lei outorgadas sem base direta nos costumes da terra, como as leis do reino (“*lex regnum*”) e as de *East Anglia*. Logo, se a expressão permitia “*ab ovo*” reconhecer limites materiais para o poder do rei — de modo que a Coroa não pudesse restringir certas direitos e liberdades dos súditos contra os costumes da terra —, a cláusula “*by the law of the land*” já trazia consigo, desde 1215, o sentido mesmo de **eficácia vertical** que informaria a doutrina dos direitos fundamentais a partir do século XVIII: tutela da vida, da liberdade e da propriedade *contra* o arbítrio do rei ou do Parlamento⁶⁶⁴ (i.e., “*substantive due process*”). Perfilham esse entendimento, entre os norte-americanos, FRANK

Substantive due process..., pp.15-16 [g.n.]). Evidentemente, essa dimensão de tutela nada tem com o sentido contemporâneo de “*procedural due process*”; e, para mais, guarda fina sintonia com a intrincada problemática das *restrições comerciais* à livre circulação internacional de mercadorias, impostas direta (barreiras alfandegárias) ou indiretamente (subsídios governamentais) aos povos, o que revela a atualidade da cláusula do “*due process of law*” para aprofundar reflexões contemporâneas da Organização Mundial do Comércio, fora de qualquer marco de problematização processual-procedimental.

⁶⁶³ Cf. John Orth, *Due Process...*, pp.15-72. Tais paradigmas serão examinados com vagar no tópico 10.1.5.

⁶⁶⁴ Nas palavras de Sir COKE, atos do rei ou do Parlamento seriam *nulos* se estatuídos “*against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed*”. Ou, mais explicitamente, “*an Englishman’s life and property, Coke said, were protected by the ‘artificial reason and judgement of law’, and the king himself was ‘sub Deo et lege’ (under God and the law), a concept King James liked no better than King John had liked Magna Carta four hundred years earlier*” (John Orth, *Due Process...*, pp.24-26). Ou ainda, na célebre dicção do justice EDWARDS em *Westervelt v. Gregg* (NY), “*due process of law undoubtedly means, in the due course of legal proceedings, according to those rules and forms which have been established for the protection of private rights*” (apud Cooley, *A Treatise...*, p.355 — g.n.).

STRONG, CHARLES A. MILLER e EDWARD KEYNES⁶⁶⁵, esses últimos reportando-se à doutrina histórica de COKE; de certo modo, JOHN ORTH⁶⁶⁶; e no Brasil, por todos, NUNES PEREIRA (elegendo a premissa como ponto nodal de sua dissertação de Mestrado)⁶⁶⁷.

Em particular, FRANK STRONG pondera que, em perspectiva histórica, o grande ímpeto do artigo 39 da *Magna Charta* de 1225 (correspondente ao artigo 37 da edição de 1215) foi mesmo **substantivo**, a saber, proibir ataques aos “antigos” direitos de liberdade pessoal e de posse e propriedade feudais, pertencentes a um seleto grupo de direitos históricos recolhidos sob a expressão “*by the law of the land*”⁶⁶⁸; servira, pois, como cláusula instrumental meramente coadjuvante da principal garantia instituída para o baronato, que foi inserta no artigo 52 da *Charta*⁶⁶⁹. Aliás, entre aqueles dois gêneros de direitos (direitos de liberdade — sempre mais afeitos à temática processual — e direitos de propriedade), BOSSELMAN, CALLIES e BANTA chegam a sugerir que *a proteção à propriedade* era provavelmente o traço mais proeminente da Carta Magna, considerando-se o surpreendente número de preceitos relacionados aos direitos dominiais e de posse

⁶⁶⁵ Cf., respectivamente, Frank R. Strong, *Substantive due process...*, pp.02-18 (insistindo na questão da limitação aos monopólios); Charles A. Miller, “*The forest of due process of law: the american constitutional tradition*”, in *Due Process: Nomos XVIII*, J. Roland Pennock, John W. Chapman (ed.), New York, New York University, 1977, pp.04-06; Edward Keynes, *Liberty, property and privacy: towards a jurisprudence of substantive due process*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University, 1996, pp.57-58.

⁶⁶⁶ John Orth, *Due Process...*, pp.29 e 33-50.

⁶⁶⁷ Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.77-99 — que cita todos os anteriores, à exceção de ORTH. À p.97, realçando a diversa acepção da palavra “**process**” nos países de tradição jurídica romano-germânica e anglo-saxônica, PEREIRA observa que “*Processo [...] significa para os ingleses o momento adequado para a formulação da própria norma, que, para o ordenamento jurídico inglês, se confunde com as regras hermenêuticas aplicáveis à decisão das demandas concretas*” (g.n.); e à p.98, contemplando o papel nuclear da substantividade originária da cláusula do “*due process of law*” para as suas elucubrações posteriores, registra: “*A premissa que deixamos para os próximos capítulos se apóia no argumento de que, como a noção de processo no direito Inglês é diversa da noção de processo no Direito Continental, há de entender-se que o due process não se pode resumir em uma visão processualista romano-germânica, que lhe é completamente inadequada, sobretudo pelo império continental do princípio da legalidade e da supremacia da constituição. Há de se lhe conceder, na esteira dessa compreensão, um sentido exclusivamente material, sendo esse que harmoniza o status originário e atual da cláusula do devido processo não apenas aos elementos ou fragmentos históricos do Direito Inglês, como também à própria evolução que sofreu e tem sofrido, nos últimos tempos, a noção continental de norma constitucional e de sua adequada interpretação*” (g.n.).

⁶⁶⁸ Strong, *Substantive due process...*, p.07.

⁶⁶⁹ *Idem*, p.05. Como já dito *supra*, o artigo 52 da *Magna Charta* dispunha que “*if anyone has been dispossessed or removed by us, without the legal judgement of his peers, from his lands, castles, franchises, or from his right, we will immediately restore them to him*”.

(inclusive para, *e.g.*, restringir a extensão dos campos de caça do rei JOHN), se comparados aos preceitos dedicados à liberdade dos súditos⁶⁷⁰.

Também HOLDSWORTH ressalta o quão falaciosas são as tentativas de se reconhecer, sob o artigo 39 da *Charta*, apenas a garantia de julgamento pelo júri (“*trial by jury*”) ou do writ de *habeas corpus*, já que o procedimento do júri estava em sua mais tenra infância e o de *habeas corpus* ainda não havia sido realmente inventada (eis que, a rigor, data do ano de 1679, com a promulgação do *Habeas Corpus Amendment Act*)⁶⁷¹.

Por fim, é MCILWAIN quem entrevê, no mesmo artigo 39, antes de tudo uma *reação* contra as punições arbitrárias e as intervenções tirânicas que os últimos soberanos ingleses haviam deflagrado contra as liberdades pessoais e os direitos de propriedade dos súditos, de modo que a garantia de um processo livre tinha sobretudo a preocupação de assegurar **possibilidades de justiça material** (o que abstraía, em primeiro plano, as preocupações puramente procedimentais, e terminava por conduzir ao paradigma “*A-to-B*”)⁶⁷².

Tudo a revelar, portanto, que os significados originais condensados na expressão “*by the law of the land*” talvez estivessem mais próximo da acepção hodierna de *tutela*

⁶⁷⁰ Fred Bosselman, David Callies, John Banta, *The Taken Issue: An Analysis of the Constitutional Limits of Land Use Control*, Washington, Council on Environmental Quality, 1973, p.33.

⁶⁷¹ “It is not difficult to show that taken literally, these interpretations are false. Trial by jury was as yet in its infancy. The writ of Habeas Corpus was not yet invented; and [...] it was long after it was invented that it was applied to protect the liberty of the subject” (Holdsworth, *A History...*, p.215).

⁶⁷² Charles Howard MacIlwain, “*Due process of law in Magna Carta*”, in *Columbia Law Review*, Columbia, Columbia University Press, jan. 1914, v. XIV, p.51. *In verbis*: “[...] we must give up the view that the original intent of Magna Carta was to guarantee trial by jury to anyone or to guarantee anything to all Englishmen. We must accept a feudal interpretation of the document as the only one possible in 1215; but we may still hold, as our fathers did, that the law of the land is there, *lex pro tyrannical volunteer*, to invert the words of the Waverley annalist, and **we shall still mean by the law of the land** substantially what old Roger Twysden meant, — ‘nothing else but **those immunities the subject hath ever enjoyed as his owne right, pertaining either to his person or his goods**; and he grownd that he doth so is, that they are allowed him by the law of the land, which **the king alone can note at his owne will alter, and therefore can no take them from him**, they being as auntient as the kingdom itself, which the king is to protect” (g.n.). E, adiante, conclui que “the words *per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* at the end of chapter 39 are not in themselves a reference to this broader principle, but to **a narrower and more specific safeguard for it in securing a judgement by proper arbiters, either by the fellow tenants of the barons themselves, or by competent royal judges from among those ‘qui sciant legem terrae et eam bene velint observare’**, as the barons demanded in section 42 of their Articles” (g.n.).

constitucional das liberdades que, propriamente, da ideia de direito ao procedimento ou ao processo justo (“*procedural due process*”).

IV. Nada obstante, e sem prejuízo da riqueza discursiva desse debate, cremos se tratar de uma falsa questão.

Com efeito, discutir se o princípio “*by the law of the land*” já engendrava, na origem, as acepções contemporâneas de “*procedural due process*” e/ou de “*substantive due process*” é algo como debater se o arquétipo budista de compaixão equivale ou não, e em que medida, à ideia cristã de amor. Produzir-se-ão as mais instigantes conclusões; desataviadas, porém, de qualquer verdade histórica.

Melhor admitir, com MCILWAIN⁶⁷³, que a exegese da *Magna Charta*, sobretudo nas primeiras edições (1216 a 1237), não pode olvidar uma necessária perspectiva **feudal** (= “*feudal interpretation*”), a única possível na primeira metade do século XIII. Quando ainda não se atinava para o caráter formal-instrumental do processo e nem se atribuía ao direito de ação, sequer formulado conceitualmente, a sua atual natureza abstrata (o que, vimos, deu-se nos idos de 1880, com PLÓSZ e DEGENKOLB — *supra*, tópico 7.3.2, III), a única visão de mundo palpável e inteligível era aquela que contrapunha, no **plano dos interesses materiais**, os **súditos** e o **rei**. Toda a energia política desprendida entre as reações aos primeiros atos arbitrários de JOHN THE LACKLAND e a derradeira outorga de direitos em Runnymede concentrou-se num mesmo objetivo, vítreo e sólido: **limitar os poderes da Coroa**. Nesse sentido, e apenas nele, pode-se falar em *eficácia vertical* dos direitos civis fundamentais que ali se reconheciam (por mera aproximação ao sentido contemporâneo expresso, p. ex., em CANARIS⁶⁷⁴); mas, para esse fim, o gênio medieval, pouco afeito às abstrações legais, recorreu ao mais prático e ingênuo dos recursos retóricos — o das *séries hipotéticas* —, clausulando os casos contraditórios de opressão praticados à época (prisões, desapossamentos, exílios, estados de ilegalidade, etc.) e exigindo que tais atos não se consumassem senão em conformidade com a lei da terra (“*by the law of the*

⁶⁷³ *Idem, ibidem.*

⁶⁷⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais...*, pp.134 e ss.

land”) — eis, no contexto, o único e grande esforço de transcendência semântica —, o que haveria de ser necessariamente aferido por pessoas isentas — ou, mais que isso, *comprometidas* com a condição de vida dos réus (“*peers*”) —, donde a exigência instrumental de um “*lawful judgement of his equals*”.

Dir-se-ia, pois, que a **instrumentalidade do elemento processual**, naquele momento, foi puramente **intuitiva**, porque dissociada de qualquer enunciação lógico-científica. O que parece demonstrar, na retrospectiva histórica, que (a) certos direitos de organização e procedimento *derivam naturalmente* das garantias fundamentais, independentemente de proposições legislativas; e (b) o **imperativo de tutela** (= “*Schutzgebote*”)⁶⁷⁵ imanente a todo e qualquer direito humano fundamental — e, neste caso, à cláusula do devido processo legal — repousa em uma dimensão constitucional que está, sempre e em todo caso, **acima** das construções infraconstitucionais de fundo *material* (i.e., de regência dos bens da vida) ou *processual* (i.e., de regência dos procedimentos perante o Estado ou a autoridade). Dito de outro modo, os aspectos processuais e substanciais *amalgamam-se* — e, não raro, *perdem identidade* — no plano jusfundamental, ganhando aparência e autonomia apenas nas *aplicações concretas* dos princípios tutelares de cidadania.

Foi assim no início, ao tempo da *Magna Charta Libertatum*, quando não se poderiam distinguir entre “elementos de ordem substantiva” e “elementos de ordem adjetiva”, como parece sugerir NUNES PEREIRA⁶⁷⁶; o que havia, na visão de antanho, eram simplesmente **elementos de limitação de poder**, jungidos a um enunciado aberto (“*by the law of the land*”) e associados — mas não vinculados — a julgamentos isentos proferidos pelos pares. Tampouco parece acertado afirmar que o “*due process of law*” originário fosse “exclusivamente material”⁶⁷⁷, se o apêndice instrumental da garantia possuía inegável literalidade (“*per legale iudicium parium suorum*”). A rigor, dada a

⁶⁷⁵ *Idem*, pp.59 e ss. O imperativo de tutela deriva da *proibição de proteção insuficiente* (“*Untermassverbot*”) que dimana de todo direito humano fundamental.

⁶⁷⁶ Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.96.

⁶⁷⁷ *Idem*, p.98. Se, porém, a ideia subjacente à passagem é a de que “*procedural due process*” e “*substantive due process*” confundem-se em uma cláusula de garantia supralegal de natureza indistinta — o que não parece claro, mercê das conclusões às pp.482-483 (item n. 15) —, terá correspondido àquilo que pensamos e que procuramos demonstrar neste derradeiro item.

indiferenciação das naturezas de tutela nesse nível jusfundamental, poder-se-ia tão só falar em *caráter substantivo* numa acepção muito lata, tal como aquela proposta por JOHN ORTH (no sentido de que as teses de Sir COKE no *Dr. Bonham’s case*⁶⁷⁸ — ao transcenderem a ideia de “*fair trial*” e defenderem a própria supremacia do Estado de Direito sobre os poderes do Parlamento — perfaziam uma tentativa de **dar substância** ao “*due process of law*”, i.e., à “*law of the land*”)⁶⁷⁹. Essa “substância”, porém, só se revela com a descoberta mesma dos *direitos fundamentais da pessoa* sob salvaguarda concreta da cláusula — direitos esses dotados, segundo ALEXY⁶⁸⁰, das mais diversas naturezas (inclusive *processuais* ou *procedimentais*), várias das quais redutíveis à dimensão original da “*law of the land*” na expressão da *Magna Charta*. Logo, o “*due process*” não poderia ser, “*in se*”, processual ou material.

⁶⁷⁸ Em 1610, Dr. THOMAS BONHAM foi denunciado pelo *Royal College of Physicians*, em Londres, por praticar a profissão de físico sem a necessária licença administrativa. Havia então uma carta real — confirmada sucessivas vezes pelo Parlamento — autorizando o próprio *Royal College of Physicians* a processar e julgar os casos ligados ao exercício da respectiva profissão, de modo que BONHAM foi julgado em um tribunal composto por seus próprios acusadores. Foi a final sentenciado à prisão e ao pagamento de uma multa. Como não havia “apelações” naquele tempo (ao menos no sentido moderno), BONHAM ajuizou ação própria para casos de prisão ilegal (“*action for false imprisonment*”), obtendo imediata liberação quando se constatou, em tribunal isento, que a sentença do *Royal College* não o houvera condenado pelo exercício ilegal da profissão, mas por más práticas, o que sequer havia sido alegado. Na ocasião, Sir EDWARD COKE era o *chief justice* da *Court of Common Pleas* (*infra*, nota n. 868). Cf., por todos, John Orth, *Due Process...*, pp.18-19.

⁶⁷⁹ John Orth, *Due Process...*, p.29: “*But in fact Coke was trying to give content to the law’s restraint on power; that is, he was trying to give substance to due process*”.

⁶⁸⁰ Cf. Robert Alexy, *Theorie...*, pp.309-472. De modo geral, ALEXY trabalhou com três categorias universais, a saber, o “*allgemeine Gleichheitsrecht*” (i.e., o direito geral de igualdade e seus desdobramentos), o “*allgemeine Freiheitsrecht*” (i.e., o direito geral de liberdade e seus desdobramentos) e os “*Rechte auf positive Handlungen des Staates*” (i.e., direitos a ações estatais positivas). Os últimos incluem os “*Rechte auf Schutz*” — i.e., os direitos gerais à proteção, “*das Spektrum reicht vom Schutz vor Tötungshandlungen [proteção contra homicídios] urtümlichen Zuschnitts bis zum Schutz vor den Gefahren der friedlichen Nutzung der Atomenergie [proteção contra os perigos do uso pacífico da energia atômica]*”, mas que também abarcam a proteção por meio de **normas de direito processual** (“*z.B. Schutz durch [...] Normen des Verfahrensrechts*” [p.410]) —, além dos “*Rechte auf Organisation und Verfahren*” (i.e., os **direitos à organização e ao procedimento**; amiúde, são esses últimos os mais largamente identificados com os chamados “**direitos processuais**” em sentido estrito) e dos “*Leitungsrechte im engeren Sinne*” ou “*soziale Grundrechte*” (i.e., os direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais fundamentais). Entre os franceses, FAVOREU, GAÏA, GHEVONTIAN *et al.* lançam mão de cinco categorias fundamentais bem próximas das de ALEXY, a saber, os direitos de liberdade (“*les droits-libertés*”), os direitos de participação (“*les droits-participation*”), os direitos a prestações (“*les droits-créance*”), os direitos-garantia (“*les droits-garanties*”) e o direito geral de igualdade (“*le droit à l’égalité*”), com seus desdobramentos (cf. Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Otto Pfersmann, Joseph Pini, André Roux, Guy Scoffoni, Jérôme Tremeau, *Droit des libertés fondamentales*, 3ª éd., Paris, Dalloz, 2005, pp.169-325). Na formulação semântica dos primeiros séculos, a cláusula “*by the law of the land*” deve ter abrangido, basicamente, os direitos de liberdade, flertando com a ideia de legalidade em sentido material (e não formal); e, para a sua garantia instrumental, certos direitos à organização e ao procedimento.

Nesse encalço, tal como nos primórdios, parece adequado propor que, ainda hoje, a cláusula do “*due process of law*” goze de **supralegalidade** e, já por isso, não se permita classificar, no plano da jusfundamentalidade, com um direito “material” ou um direito “processual” (aspectos que depois se diferenciam no plano da legalidade, como **concreções** do devido processo legal). Donde se concluir que “*procedural due process*” e “*substantive due process*” são expressões que designam **manifestações diacríticas** de idêntica natureza (= jusfundamentalidade), mas com diversa morfologia. O que, em esforço de preservação do binômio (para efeitos didáticos), conduz às derradeiras punctuações:

(i) não há como pensar o devido processo legal formal sem coordená-lo com as variáveis inerentes ao devido processo legal substancial;

(ii) exigências de devido processo substantivo *podem infletir* o devido processo legal formal, em face da unidimensionalidade no plano jusfundamental.

Para mais, restam a ver as consequências do acima inferido, a serem oportunamente apontadas (vide, *e.g.*, o capítulo IV da Parte I e todo o rol de inflexões da Parte III).

8.3. PODER TEMPORAL vs. PODER ESPIRITUAL NA IDADE MÉDIA. OS DIREITOS INDIVIDUAIS NOS REGIMES FEUDAIS E AS GARANTIAS DO PROCESSO CANÔNICO

I. Leciona GILISSEN que o direito canônico é o direito da comunidade religiosa dos cristãos-católicos, dito “canônico” porque, nos primeiros séculos da Igreja, empregava-se o vocábulo grego “*κανών*” (“*kanoon*”, i.e., regra) para se designarem as decisões dos concílios. Diz, mais, que qualquer estudo sério do direito europeu histórico seria *incompleto* se não tangenciasse a evolução do direito canônico, notadamente porque **(a)** nos primeiros séculos (VIII a XV), a religião cristã-católica alçou foros de absoluta hegemonia, com declarada vocação à universalidade — “*católico*”, com efeito, vem do latim

“*catholicus*”, que significa universal, geral⁶⁸¹ —, de modo que houve, em toda a Europa Ocidental, um direito canônico único e uniforme, assim proclamado pelo Papa (GREGÓRIO VII), seu único intérprete autorizado; **(b)** certos setores do direito privado foram regidos exclusivamente pelo direito canônico durante vários séculos⁶⁸², com exclusão dos tribunais laicos (*e.g.*, casamento⁶⁸³, divórcio, legitimidade filial, etc.), o que torna relevante, mesmo na perspectiva das jurisdições civis, o estudo das garantias do processo canônico; **(c)** o direito canônico foi o único direito escrito durante a maior parte da Idade Média (as compilações escritas dos costumes remontam a meados do século XIII — como visto, *supra*, com a *Magna Charta Libertatum* e os costumes ingleses —, mas o direito canônico vinha sendo redigido desde a Alta Idade Média); e **(d)** o direito canônico foi desenvolvido em trabalhos doutrinários⁶⁸⁴ muito antes que o direito laico, o que acusa o seu maior desenvolvimento científico naqueles tempos (GILISSEN refere-se mesmo a uma “ciência do direito canônico”)⁶⁸⁵.

Passemos, pois, ao estudo do direito canônico, na perspectiva do devido processo, com a brevidade possível. E comecemos com suas origens.

⁶⁸¹ Cf., por todos, Francisco Torrino, *Dicionário Latino Português*, 4ª ed., Porto, Gráficos Reunidos, [s.d.], p.131 (verbetes “*catholicē*” e “*catholicus*”).

⁶⁸² A respeito do papel das cortes eclesiásticas na Inglaterra pós-conquista, vide, *supra*, a nota n. 590.

⁶⁸³ Como se deu, até o século XX, na Itália e na Irlanda. A propósito dos casamentos, reivindicando o monopólio jurisdicional eclesiástico, assim dispunha o cânone XII dos “*Canones et decreta sacrosanti oecumenici et generalis Concilii Tridentini Sessio XXIV*” (Concílio de Trento, 1563): “*Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit*” (= “Que seja condenado de anátema o que diz que as causas matrimoniais não pertencem aos juizes eclesiásticos”).

⁶⁸⁴ Muitos desses trabalhos doutrinários chegaram a se tornar **fonte formal do direito canônico**, por integrarem, ao lado das próprias Escrituras, o chamado “*ius divinum*”, que é “*o conjunto de regras jurídicas que pode ser extraído da Sagrada Escritura (Antigo e Novo Testamento), bem como dos Escritos dos Apóstolos e Doutores da Igreja (sobretudo Santo Ambrósio, São Jerónimo, Santo Agostinho e São Gregório de Nazianzo). A doutrina patrística, isto é, a doutrina dos Padres, dos Doutores da Igreja, expõe a explicação autorizada da Sagrada Escritura*” (John Gilissen, *Introdução...*, p.142). Outras fontes formais do direito canônico são a *legislação canônica*, que reúne os *decretos dos concílios* (“cânones”) e as *decretais dos papas* (ou *constituições pontificiais*, hoje praticamente substituídas pelas *encíclicas*, que mais contêm exortações do que regras ou instruções), entre os quais estão, para a Igreja de Roma, os próprios *códigos canônicos* (o atual é de 1983); os *costumes canônicos* (com alcance restrito, geralmente local, e condicionados aos requisitos da longevidade — mínimos trinta anos —, da legitimidade — i.e., conformidade às demais fontes — e da razoabilidade); e os *princípios do Direito Romano* (desde que não contrários ao “*ius divinum*” e à legislação canônica), que inspiraram boa parte das instituições obrigacionais e processuais civis do direito canônico. Entre as codificações canônicas de todos os tempos, a mais conhecida recebeu o nome de *Corpus Iuris Canonici* (em oposição ao *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO), que reuniu o Decreto de Graciano (dado por volta de 1140), as Decretais de Gregório IX (1234), o Livro Sexto (1298), as *Clementinae* (1314) e as Extravagantes (tanto as de JOÃO XXII — 1324 — como as Comuns — século XV).

⁶⁸⁵ *Idem*, p.133.

II. Fiando-se no texto dos evangelhos cristãos⁶⁸⁶, a Igreja sempre admitiu a coexistência do direito religioso e do direito laico; e, por conseguinte, admitiu a coexistência de tribunais eclesiásticos com tribunais laicos. Pretendeu exercer jurisdição sobre as questões do espírito (= *poder espiritual*), deixando o exercício do chamado *poder temporal* — dos bens, direitos e interesses terrenos, que passam com o tempo e a vida — para os soberanos dos Estados. Nem sempre, porém, a abdicação às quezilas do poder temporal foi mansa.

Em verdade, do ponto de vista da Igreja, esse secular antagonismo conceitual entre o poder temporal e o poder espiritual — que ainda seria conhecido entre os modernos⁶⁸⁷ — remonta à **teoria das duas espadas**, exposta formalmente pelos papas GELÁSIO e GREGÓRIO O GRANDE. Por essa teoria, Deus deteria a “*plenitudo potestatis*”, cabendo-lhe toda a honra, o poder e a glória; como, porém, o mundo terreno é composto de espiritualidade e de materialidade, a onisciência divina delegara a dois poderes distintos os cuidados necessários ao triunfo da ordem divina na Terra: ao sumo pontífice, caberia a “*auctoritas*”, de mais alta dignidade; e, aos monarcas, a “*potestas*” temporal, derivada da bênção divina (logo, fulcrada em um *direito natural divino*). A autoridade do Papa em matéria religiosa e eclesiástica seria absoluta, assim como absoluto seria o poder do rei sobre os bens, direitos e interesses temporais de seus súditos. Era esse o equilíbrio planejado e augurado, desde, ao menos, a aliança formal celebrada entre AMBROSE e THEODOSIUS I (quiçá a primeira concordata da História — v. *infra*). Mas não foi assim. Contam-se às dezenas os conflitos históricos entre o poder temporal e o poder espiritual (alguns dos quais já examinamos *supra*, especialmente nos prolegômenos à outorga de Runnymede), com pretensões de recíproca intromissão⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Cf. Evangelho segundo Mateus, 22, 21-22: “Então Jesus respondeu-lhes: ‘Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus’. Esta resposta encheu-os de admiração, e, deixando-o, foram-se embora”. GILISSEN cita também o Evangelho segundo João, 18, 36: “O meu reino não é deste mundo” (cf. John Gilissen, *Introdução...*, p.135).

⁶⁸⁷ Basta ver, na Inglaterra, a *Petition of Rights*, o *Bill of Rights*, o *Act of Settlement* (*infra*, tópico 9.2) e tantos outros documentos modernos que discriminavam, na câmara alta inglesa (= *House of Lords*), os “*Lords Spiritual and Temporal*” (expressões que designavam, respectiva e historicamente, os membros do clero e os da nobreza feudal).

⁶⁸⁸ Inclusive com reflexos na base teórica desse binômio de forças, sob os auspícios da própria Igreja. CHÂTELET *et al.* observam que, na Idade Média, “*Inocente III e Inocente IV infletem a teoria das duas espadas num sentido que confere a potestas ao Papado, o qual designa com plena autoridade os executores temporais que lhe convêm*” (*História...*, pp.31-32).

Em corte histórico retrospectivo, embora a Igreja passe a desempenhar relevante papel político e social no Império Romano já a partir do século III, o primeiro grande momento de aproximação entre Igreja e Estado se dá no ano de 313, quando o imperador CONSTANTINO — cristão convertido — publicou o edito de tolerância de Milão, restituindo aos cristãos os bens confiscados durante os anos de perseguição religiosa e proclamando, de modo geral, a liberdade dos cultos. Nesses primeiros tempos, os ritos e o direito da Igreja tinham base bifronte: por um lado, *consuetudinária* (reproduzindo as práticas das primeiras comunidades cristãs, como testemunham, p. ex., as cartas de CLEMENTE DE ROMA, de IGNATIUS DE ANTIOQUIA e de POLICARPO DE SMYRNA) e, por outro, *sinodal* ou *conciliar* (seguindo o modelo do Concílio de Jerusalém descrito no capítulo 15 dos *Atos dos Apóstolos*⁶⁸⁹). Gradualmente, porém, o cristianismo se sofisticaria e se tornaria a religião do Estado de Roma, com preferências e privilégios, proibindo-se, nos limites do território romano, as demais práticas religiosas. Com isso, a Igreja se torna uma instituição do Estado, organizando-se territorialmente conforme a própria administração do Império Romano: arcebispos para as províncias e bispos para as *civitas* (que se tornariam as dioceses ou episcopados), aos quais se reportavam os clérigos menores das paróquias⁶⁹⁰.

A partir do século IV, o Império Bizantino conheceria a primeira e a mais abrangente teocracia cristã de todos os tempos. Os imperadores romanos paulatinamente agregaram, ao seu poder temporal, também o poder espiritual, passando a ditar regras para a Igreja e a designar clérigos. Nas palavras de CORIDEN,

“durante os anos médios desse século [séc. IV], sucessivos imperadores procuraram dominar a Igreja, favorecer facções heréticas dentro dela e até mesmo perseguir membros da Igreja”⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Quase dez séculos depois, em 1054, o grande Cisma do Oriente teria por exato motivo a *quebra da tradição sinodal* da Igreja primitiva, à mercê da pretensão do pontífice romano em ser reconhecido como “*primus entre pares*” (o que mereceu o repúdio dos chamados “ortodoxos”). Cf., por todos, Gregorio Palamas, *Che cos'è l'ortodossia: Capitoli, scritti ascetici, lettere, omelie*, Milano, Bonpiani, 2006, *passim*.

⁶⁹⁰ Cf. James A. Coriden, *An Introduction to Canon Law*, New York, Paulist Press, 1991, pp.11-12: “*However, the church's world was organized by the law of the Roman Empire and, naturally enough, when the church needed new structures, it often borrowed from that source (e.g., 'diocese' ad 'province' were terms directly taken over from the subdivisions of the empire)*”. No mesmo sentido, v. John Gilissen, *Introdução...*, pp.136-137.

⁶⁹¹ *An Introduction...*, p.12.

Somente no final do quarto século é que o bispo AMBROSE DE MILÃO e o imperador THEODOSIUS I chegaram a uma aliança relativamente balanceada, de que adveio um relacionamento longo e cooperativo entre ambas as autoridades, cada qual reconhecendo à outra supremacia para decidir sobre os assuntos de suas respectivas alçadas. O Império reconhecia, assim, a autoridade eclesiástica em matéria de fé, disciplina clerical, liturgia e administração das propriedades da Igreja; e, para mais, eximia os clérigos do pagamento de impostos e da prestação de serviço militar.

Mas é também a partir do século IV que os princípios do Direito Romano e os procedimentos judiciais em vigor no Império passaram a ser agressivamente introduzidos nos textos e nas praxes do direito canônico, em especial pelos compiladores do quinto e do sexto século (THEODOSIUS II — veja-se o *Codex Theodosianus* de 438 — e JUSTINIANO I — veja-se o *Corpus Iuris* de 535), inaugurando um ciclo de influência recíproca entre o direito laico e o eclesiástico que perduraria até pelo menos o século XIX. JUSTINIANO chegou mesmo a intervir em questões de fé e de dogma, dispondo à sua maneira sobre postulados da religião cristã.

III. No entanto, já depois do século V (com o desmembramento do Império Romano do Ocidente sob o jugo das invasões bárbaras), e sobretudo entre os séculos VII e XIII (com o apogeu do poder pontifical nos séculos XII e XIII), esse equilíbrio de forças — que até então pendia em favor dos monarcas — *inverteu-se* vigorosamente. O poder temporal de reis e imperadores passou a se extenuar gradativamente, na precisa medida do aprofundamento das instituições feudais e da multiplicação dos centros de poder (reinos, senhorios, comunas, corporações de ofício, etc.). Mas a Igreja, seguindo una e indivisível (sobretudo antes do grande cisma de 1054), preservava a autoridade religiosa comum sobre a generalidade dos cristãos europeus, a despeito das sucessivas fragmentações dos reinos em que viviam. Projetou-se, pois, como a mais confiável das instituições; exercia o mais estável dos poderes e produzia o mais universal dos direitos. Afinal,

“[o] *Direito Canônico* — sistema de enunciados normativos que regula a conduta do pessoal da Igreja e fixa suas relações hierárquicas e seus tribunais — institui no centro da comunidade dos fiéis uma ordem que deve traduzir neste mundo a Lei divina e, por isso, **legifera (diretamente ou por diferença) para a totalidade dessa comunidade**”⁶⁹².

Fez-se ouvir e respeitar, notadamente pela força moral e popular que os apoios clericais costumavam mobilizar. Por isso, os novos governantes passaram a ansiar por esse apoio político, oferecendo à Igreja, como contrapartida, suas próprias conversões (caso de PEPINO, O BREVE) e seu auxílio para a evangelização em seus territórios. Esse novo mecanismo de poder carregou à Igreja prestígio entre os reis, poderes temporais e até mesmo territórios. Como narra GILISSEN,

“os primeiros Carolíngios estabelecem uma estreita aliança com o papado. Retiram uma parte da sua autoridade da sua sagração pelo Papa: Pepino, o Breve, é proclamado rei dos Francos em 751 com o acordo do papa Zacarias e recebe a unção de São Bonifácio em Soissons; em troca, **cede ao Papa uma parte de suas conquistas na Itália Central, que constituirão até 1870 os Estados temporais do Papa (*donatio Peppini*)**. Carlos Magno é sagrado imperador pelo papa Leão III em 800; intervém na eleição dos bispos e **promulga decisões de concílios como leis do Império (*capitulária ecclesiastica*)**. Mas os seus sucessores, sobretudo depois de Lotário I, ficam **cada vez mais submetidos às altas autoridades eclesiásticas**”⁶⁹³.

Em razão disso, não foram poucos os conflitos entre a Igreja e os reis, sobretudo entre os séculos XI e XIII. Na origem da *Magna Charta Libertatum* inglesa esteve uma quezila com o papa INOCÊNCIO III, como se disse há pouco (tópico 8.2.4, *supra*). Incidentes entre a Igreja e o Sacro Império Romano-Germânico irrompiam com frequência. A “Querela das Investiduras” movimentou reis e papas, todos interessados em deter o poder de conferir títulos eclesiásticos. Na Alemanha, HENRIQUE IV nomeou clérigos feudais para bispados alemães, sendo tais nomeações declaradas nulas pelo papa GREGÓRIO VII que, ao depois, excomungou o imperador (o que resultou na famosa peregrinação de HENRIQUE a Canossa, nos Alpes italianos, implorando de pés descalços e joelhos na

⁶⁹² François Châtelet, Olivier Duhamel, Évelyne Pisier-Kouchner, *História das Idéias Políticas*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000, p.30 (g.n.).

⁶⁹³ John Gilissen, *Introdução...*, p.137 (g.n.).

neve, em 1077, o perdão papal). Alfim, os reinos viram-se obrigados a firmar *concordatas* com a Santa Sé, resolvendo toda sorte de conflitos; ou, então, passaram a fazê-lo por conveniência política⁶⁹⁴. Assim, p. ex., na concordata de Worms (1122), revalida-se o *princípio da separação entre os poderes espiritual e temporal*; entretanto, seguem os papas, por um lado, a interferir na vida política dos povos europeus, e os reis, por outro, a buscar meios de influenciar os desígnios da Igreja ou a administração eclesiástica⁶⁹⁵. Somente a partir do século XIV, sob os ares do absolutismo e nas primícias da formação do Estado moderno, é que o poder pontifical volta a declinar em favor dos reis⁶⁹⁶.

IV. Nesse encaixo, é interessante refletir sobre a condição jurídica da pessoa humana e de seus direitos individuais ao tempo do feudalismo. Numa época em que as invasões e as guerras internas e externas inviabilizavam as rotas comerciais, sobrevalorizou-se a posse da terra, de que, afinal, advinham os meios de subsistência para todos os povos europeus. Desenvolveram-se, pois, um sistema político-econômico e uma organização militar destinados predominantemente à preservação e à frutificação das propriedades e tenências de antanho. Emergia, para o mundo, o **regime feudal** ou **feudalismo**.

Para além dos próprios **feudos** e da **vassalagem** (pela qual os proprietários menos poderosos se submetiam aos senhores feudais, que lhes davam proteção militar mas lhes exigiam, em contrapartida, o apoio em campanhas militares externas e a entrega de

⁶⁹⁴ Vejam-se, p. ex., as sucessivas concordatas celebradas entre Portugal e a Igreja, sob a autoridade do Papa NICOLAU IV, a partir de 1289, com a introdução do beneplácito régio por volta de 1360; ou as concordatas de 1516 e de 1801 entre a Igreja e a França (a última já sob BONAPARTE); ou, ainda, a concordata de 1827 entre a Igreja e os Países Baixos.

⁶⁹⁵ No caso francês, o apetito do governo temporal pelas coisas da Igreja avançou para além da Revolução de 1789, quando já não havia mais monarquia: na concordata de 1801, celebrada entre PIO VII e o Governo Francês bonapartista, dispunha o artigo 4º que “*o Primeiro Cônsul da República nomeará, nos três meses que se seguirem à publicação da Bula de Sua Santidade, para os arcebispados e bispados da nova circunscrição, novos titulares. Sua Santidade conferirá a instituição canônica seguindo as formas estabelecidas em relação à França antes da mudança do Governo*”.

⁶⁹⁶ “*A luta entre o Papa e o Imperador, que marcaria os últimos séculos da Idade Média, só vai terminar com o nascimento do Estado Moderno, quando se afirma a supremacia absoluta dos monarcas na ordem temporal*” (Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p.57). Cf. também John Gilissen, *Introdução...*, p.137 (g.n.).

contribuições periódicas) — aos quais já nos reportamos *supra* (vide nota n. 565) —, eram ainda instituições características do feudalismo o **benefício** e a **imunidade**⁶⁹⁷.

Pelo **benefício** (“*beneficium*”), o chefe de família despossuído recebia do senhor feudal uma faixa de terra para cultivar (= tenência ou feudo), dela extraindo o seu sustento familiar, sob o compromisso de entregar certa parte da produção ao dono da tenência; no entanto, estabelecido o benefício, passava a ser o servo, assim como toda a sua família, uma *parte integrante da gleba*, reconhecendo-se ao senhor feudal, em virtude disso, o direito de vida e morte sobre os seus agregados (o que lhe permitia ditar, no interior dos feudos, regras de comportamento social e privado que, não raro, tinham maior eficácia que as normas do Estado ou da Igreja). Vem daí a figura do *servo da gleba*, que evocava mesmo uma ideia de *direito real sobre a pessoa* (enquanto a vassalagem, como visto, implicava apenas em *obrigações pessoais*)⁶⁹⁸. Já a **imunidade** correspondia à isenção de tributos concedida àquelas terras sujeitas ao benefício, o que estimulava a cessão das tenências — importante numa Europa em que grassavam populações basicamente *rurais* — e contribuía para a hegemonia do regime feudal⁶⁹⁹.

À mercê de semelhantes institutos, resta evidente o *estado de desproteção* dos direitos individuais da pessoa humana (que, naquele tempo, sequer eram bem percebidos como tais), notadamente quando despossuída. Reduzida à servidão pelo “*beneficium*”, a pessoa se sujeitava aos desígnios e caprichos do senhor feudal, que detinha sobre os servos poderes quase absolutos (sobre a vida, a liberdade e a propriedade). Ante a tibieza dos Estados medievais, quando o costume era provavelmente a única fonte efetiva do direito

⁶⁹⁷ GILISSEN equipara as figuras do “*beneficium*” e do “*feodum*”, esclarecendo que a primeira expressão foi utilizada desde o século VIII, enquanto a segunda, de origem germânica, vicejou nos séculos X e XI (*Introdução...*, p.189). Parece-nos, porém, que — conquanto referíveis, ambas as expressões, a um mesmo *estado jurídico* —, convenha designar por **feudo**, ao menos para efeitos didáticos, o *elemento real* das relações feudo-vassálicas (i.e., a própria tenência), seguindo a literalidade do termo frâncico de origem (“*fehu-ôd*” = bem [rebanho] de valor); já por **benefício** compreende-se, aqui, a *relação jurídica de servidão* que se estabelecia entre o servo e o senhor feudal, em razão da *concessão* mesma do feudo (atendendo-se, outra vez, à literalidade da palavra: “*beneficium*”, no latim, significa graça, favor, concessão). Cf., respectivamente, John Gilissen, *Introdução...*, p.189, nota n. 68, e Francisco Torrinha, *op.cit.*, p.101 (verbete “*beneficium*”).

⁶⁹⁸ Nesse sentido, cf. Dallari, *Elementos...*, p.59.

⁶⁹⁹ *Idem, ibidem*. Ver ainda, sobre essas instituições feudais, Rodolfo de Stefano, *Il Problema del Potere*, Milano, Giuffrè, 1962, pp.91-95; John Gilissen, *Introdução...*, pp.188-190.

laico, era ele, o senhor feudal, quem ditava as normas de conduta nas dependências de seus feudos; era ele, outrossim, quem os administrava, fiscalizava e provia; era ele, enfim, quem decidia sobre a vida e a morte dos fâmulos das glebas e de seus familiares, independentemente de quaisquer expedientes formais ou procedimentais. Se havia alguma norma jurídica em sentido moderno (= comando geral e abstrato de conduta), na qual se pudesse escorar a pessoa para a defesa de seus interesses, ela não estava escrita (= como identificá-la?); e, se estivesse, ainda assim seguiria inacessível aos servos e vassallos, em geral analfabetos (= como evocá-la?). Outra vez na dicção de GILISSEN⁷⁰⁰,

“Os séculos X e XI foram séculos sem escritos jurídicos: nem leis, nem livros de direito, nem sequer actos reduzidos a escrito. Os contratos tão numerosos que estão na base dos laços de dependência de homem para homem (vassalagem, servidão) e dos direitos sobre a terra (feudos, foros, etc.) raramente eram reduzidos a escrito; quando muito, algumas instituições eclesiásticas (sobretudo capítulos e abadias) mandaram redigir os actos (sobretudo doações) que lhes interessavam; são mais numerosas nas regiões do Sul (Sul da França, Itália, Espanha) que nas do Norte”.

Essa condição de franca oralidade igualmente se aplicava, por óbvio, aos *processos* tramitados perante os tribunais medievais (cf. tópicos 8.1 e 8.2).

Sob tal ambiência político-econômica e sociocultural — em que os despossuídos se tornavam objetos de direitos reais, a capacidade de leitura era um quase privilégio dos clérigos, a justiça era híbrida (público-privada)⁷⁰¹, os julgamentos eram feitos sem a participação de juízes técnicos e à margem de qualquer procedimento seguro ou uniforme, e as sentenças se pronunciavam em nome de Deus e pelo seu arbítrio (“*ex vi*” das ordálias e dos duelos judiciais)⁷⁰² —, a austeridade formal do **direito** e do **processo canônico**

⁷⁰⁰ *Introdução...*, p.191.

⁷⁰¹ A justiça e, diria DALLARI, o próprio Direito como um todo (*Elementos...*, pp.58-59). *In verbis*: “Vai ocorrer, sobretudo através de três institutos jurídicos [vassalagem, benefício, imunidade], a **confusão entre o setor público e o privado**” (g.n.).

⁷⁰² Cf. Gilissen, *Introdução...*, pp.190-191. A esse quadro, poder-se-ia acrescentar com DALLARI, num plano mais geral, a **multiplicidade das ordens jurídicas**, a **instabilidade político-econômico-social** e a **necessidade de ordem e autoridade**. *In verbis*: “um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas

ganhou especial relevo. As cortes eclesiásticas reluziam como faróis de boa razão e de segurança jurídica — em especial pela **forma escrita** dos atos ali praticados —, em meio a mandos e desmandos feudais e oceanos de costumes locais hoje muito pouco conhecidos⁷⁰³. Eram, àquele tempo (sobretudo entre os séculos X e XI), os tribunais mais cultos e organizados de toda a Europa⁷⁰⁴. E, num contexto de “trevas”⁷⁰⁵, cumpriram bem o papel de preservar, no essencial, um sentido de **formalidade** que vinha do processo civil romano (tópico 7.3, *supra*) e é essencial à tutela das liberdades *no* e *pelo* processo, notadamente quando está em jogo a vida ou a liberdade pessoal do réu. Essas práticas provavelmente influenciaram os tribunais seculares da Europa continental, pois, a partir do século XIII, também eles passaram a reduzir a escrito e a conservar em registro diversos dos seus atos processuais.

Nessa ordem de ideias, e para concluir, importa dizer que os sistemas caóticos de justiça vivenciados no apogeu do feudalismo — aqueles não documentados, de que dão testemunhos apenas indireto os autores da Baixa Idade Média⁷⁰⁶ — legaram à posteridade, ao menos, uma certeza: a de que a **devida formal processual** tem, no marco do

no fim da Idade Média pelas corporações de ofício. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe da criação do Estado Moderno” (Elementos..., p.59).

⁷⁰³ “O costume varia, aliás, duma aldeia para outra. O parcelamento territorial do direito consuetudinário é favorecido pela divisão de poder entre as mãos de um grande número de senhores, pelo desenvolvimento do sistema dominial, no quadro da economia fechada. [...] Há pois uma infinidade de costumes locais, mais ou menos diferentes uns dos outros; só nas províncias belgas, devia haver algumas centenas. Na verdade, não conhecemos bem estes costumes porque não deixaram vestígios escritos” (John Gilissen, *Introdução...*, p.190).

⁷⁰⁴ E mesmo ali, nos tribunais eclesiásticos, davam-se fraudes e desvios por uma excessiva “liberalidade” quanto a certos atributos do processo (e.g., a investidura do juiz). Segundo o mesmo GILISSEN, “a prova do estado eclesiástico não resultava senão de certos elementos aparentes: hábitos e tonsura; disse-se que teria havido, nos finais do século XIII, 20.000 clérigos falsos em França!” (*Introdução...*, p.140).

⁷⁰⁵ Que, em termos muito gerais, nem sempre é admitido: “Muita coisa já foi escrita sobre a Idade Média, classificada por alguns como a noite negra da história da Humanidade e glorificada por outros como um extraordinário período de criação, que preparou os instrumentos e abriu caminhos para que o mundo atingisse a verdadeira noção do universal” (Dallari, *Elementos...*, p.56).

⁷⁰⁶ Evidentemente não consideramos, nesse esforço de generalização, aqueles sistemas de justiça que, construídos na Alta Idade Média, gozaram de alguma estabilidade e preservaram certas garantias processuais, em especial na Germânia e na Inglaterra; e tanto menos incluímos, nesse espectro, os grandes documentos jurídicos dos séculos XI a XIII, alguns dos quais perdidos para a História. Mesmo GILISSEN parece ignorá-los, ou — como nós — considera-os um caso à parte, quando refere à penúria jurídica dos séculos X e XI (*supra*); afinal, o século XI nos legou o *edito de CONRAD II* (1037) e, com ele, o germe do “*due process of law*” consagrado na *Magna Charta*. Sobre os contributos desses específicos sistemas — germânico e inglês — para a ideia de devido processo legal, v., *supra*, os tópicos 8.1 e 8.2.

“*procedural due process*”, função bastante como imperativo de tutela. Sem um arcabouço de mínimas formalidades, promovem-se, no limite, copiosas arbitrariedades.

Eis o que representava, naqueles séculos, o processo canônico (com a ressalva das notas ns. 704 e 712). E é como chegou aos nossos dias. Vejamos de que maneira.

V. A multiplicidade de centros de poder, típica do regime feudal (*supra*), implicou em uma multiplicidade de órgãos julgadores. Havia julgamentos comunais, julgamentos por tribunais feudais (de vassalos), julgamentos por colégios profissionais ou corporações de ofício (vide, *supra*, a nota n. 678), julgamentos por tribunais eclesiásticos, julgamentos por tribunais laicos, etc. Já por esse panorama, pode-se antecipar que, para o processo canônico medieval (e — porque não dizer — também para os demais sistemas de justiça), o maior desafio, na perspectiva do devido processo formal, era a **fixação das competências judiciais** (= plano processualístico); ou, no plano da jusfundamentalidade, a preservação da **garantia do juiz natural**. Houve, de fato, inúmeros conflitos de jurisdição, quando não usurpações de funções jurisdicionais (vide, *supra*, a nota n. 704).

Com efeito, já a partir de CONSTANTINO (313), permitia-se às partes submeterem-se voluntariamente à decisão do bispo (= jurisdição “*inter volentes*”, como é, também, hoje em dia, a jurisdição exercida pelos tribunais canônicos), conferindo à decisão episcopal o mesmo valor das decisões proferidas pelos tribunais imperiais. Ulteriormente (séculos IV e V), os imperadores romanos reservaram à competência penal dos bispos — que sempre foram, nas respectivas jurisdições eclesiásticas, os *juízes ordinários* por excelência (conquanto deleguem tais funções desde o século V) — o processo e o julgamento das infrações puramente religiosas ou espirituais (matérias “*a clavibus*”: relativas à fé, aos dogmas, aos sacramentos e à disciplina clerical, p. ex.). Ainda no século V, surge o “*privilegium fori*” (privilégio de foro ou de clerezia), reservado a todos os membros do clero, que passavam a ser julgados somente por tribunais eclesiásticos, em matéria civil ou penal (mas já com reservas para os tribunais laicos).

Durante os anos dos reis carolíngios, com o fortalecimento da Igreja, aprofundaram-se os dissídios de competência na Europa continental, pois a Igreja passou a se atribuir competência para variegadas questões temporais ligadas (i.e., conexas), mais ou menos diretamente, às matérias “*a clavibus*” (como, *e.g.*, o rapto e a ruptura de esponsais).

Entre os séculos X e XIV, no auge da jurisdição eclesiástica, os tribunais da Igreja eram competentes para julgar, “*ex ratione personae*”, todos os eclesiásticos, fossem clérigos regulares ou seculares (sob “*privilegium fori*”, pleno — penal e civil — e irrenunciável), como também os cruzados (sob “*privilegium crucis*”), os membros docentes e discentes das universidades (as quais eram, até o século XVI, instituições eclesiásticas) e as “*miserabiles personae*” (viúvas e órfãos), se vivessem sob a tutela da Igreja. Já “*ex ratione materiae*”, os tribunais eclesiásticos eram competentes, em sede civil, para todas as contestações relativas a benefícios eclesiásticos (= rendas adquiridas sobre bens da Igreja), aos testamentos (se houvesse legado pio em favor de instituição eclesiástica), à inexecução de promessa feita sob juramento solene em nome de Deus (daí, hoje em dia, a especial valia dada pelo vulgo, em países cristãos, às juras feitas “*por Deus*”) e aos casamentos, mais as respectivas matérias conexas “*a clavibus*” (*supra*). Já em sede penal, eram competentes para o processo e o julgamento de todos os delitos contra a religião (heresias, apostasias, simonias, sacrilégios, feitiçarias, etc.), com exclusão da jurisdição laica; e de certos delitos comuns que atentassem contra as regras canônicas (como o adultério e a usura), em concorrência com os tribunais laicos⁷⁰⁷. Eram sobretudo em tais contextos de competências concorrentes que exsurgiam os inumeráveis conflitos de jurisdição entre autoridades laicas e eclesiásticas.

A Igreja tentou resolver tais conflitos mediante sucessivas *concordatas* (*supra*, n. III). São disso exemplos as concordatas de 1448, entre o bispo de Cambrai e o bailio e o Conselheiro de Hainaut, e a concordata de 1490, entre o mesmo bispo de Cambrai e a cidade de Anvers⁷⁰⁸. Nessas concordatas, não raro perdeu jurisdição. Mas, abstraídas todas as razões políticas por detrás desses recuos e a própria decadência histórica da jurisdição

⁷⁰⁷ John Gilissen, *Introdução...*, pp.139-141.

⁷⁰⁸ *Idem*, p.141.

eclesiástica⁷⁰⁹, parece-nos que, admitindo transigir em certas matérias, os clérigos reconheciam implicitamente a necessidade de se purgar a dúvida e a insegurança das pessoas quanto à definição do juiz natural para as suas causas.

Quanto aos procedimentos, o processo civil canônico medieval era basicamente escrito, iniciando-se com o pedido do queixoso (“*libellus*”) ao oficial eclesiástico, que convocava o réu. Presentes as duas partes, o oficial liga o “*libellus*” e abria-se ao réu a oportunidade de opor exceções. Decididas essas últimas, ou não havendo, pronunciava-se a “*litis contestatio*”, com efeito de contrato judiciário, em termos similares (mas não iguais) à “*litis contestatio*” da “*ordo iudiciorum privatorum*” romana (vide, *supra*, tópico 7.3.2). Seguiu-se a produção das provas, sob rígida hierarquia valorativa (“*probationes plenae*”, “*probationes semiplenae*”, “*indicia*”⁷¹⁰); e, não bastando, o juiz poderia decidir por juramentos litisdecisórios⁷¹¹. Já o processo penal canônico medieval era inicialmente

⁷⁰⁹ Sobretudo a partir do século XVI, após a Reforma Protestante, quando países como a Inglaterra, os países escandinavos e a maioria das províncias alemãs, sob a influência das novas religiões cristãs (em especial o protestantismo luterano, o calvinista e o anglicano), deixaram de obedecer ao sumo pontífice de Roma; os demais Estados europeus se laicizaram em definitivo. Na França, pela *ordonnance* de 1539 (Villers-Cotterêts), retirou-se das instituições eclesiásticas a competência para quaisquer questões de direito temporal (inclusive casamentos e outros litígios de Direito Civil). Cf. John Gilissen, *Introdução...*, pp.141-142. Curiosamente, aliás, LUTERO antecipou em três séculos a rebelião hermenêutica que o Direito só conheceria na Idade Contemporânea: na aurora da era moderna, quando o ideário absolutista começava a se insinuar sobre os tribunais (tolhendo a criatividade jurisprudencial, como se dirá no tópico 9.1), os luteranos — baseados nas “95 Teses” (31.10.1517) — rompiam com a Igreja de Roma exatamente para reivindicar, entre outras coisas, o direito de *interpretar livremente* as Sagradas Escrituras (embora depois o próprio LUTERO viesse a recuar parcialmente, afirmando ser a “livre interpretação” uma prerrogativa dos príncipes e dos sacerdotes autorizados, não de qualquer do povo).

⁷¹⁰ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, pp.716-717. Essa classificação sistemática dos tipos de provas, que seguiu o método escolástico, não raro chegou ao direito, à lei e à doutrina contemporânea. V., *supra*, nota n. 487.

⁷¹¹ O **juramento litisdecisório** era um meio de prova legal pelo qual uma das partes, a pedido do “*ex adverso*” ou por determinação do juiz, afirmava ou negava a verdade dos fatos ou a justiça da causa, nos termos de uma fórmula previamente redigida, sob o rito da religião que professava, ou por sua própria honra e consciência. Não raro, tal juramento valia como prova plena e implicava que o juramentado esconjurasse contra si mesmo graves sanções e malefícios, qual “auto-maldição” consentida, para o caso de as suas afirmações não serem verdadeiras (donde se chamar, em matéria criminal, de **juramento purgatório** — cf. Gilissen, *Introdução...*, p.716). O *Code Civil* francês de 1804 previu o instituto em seus artigos 1358 a 1365, assim como o *Codice Civile* italiano de 1942. Ainda hoje, algumas culturas jurídicas nacionais contemplam e praticam o provento instituto, como é o caso da Venezuela, cujo *Código de Procedimiento Civil* assim dispõe (artigo 420): “*El juramento puede deferirse en cualquier estado o grado de la causa, en toda especie de juicio civil, salvo disposiciones especiales. Quien defiera el juramento deberá proponer la fórmula de éste. Esta debe ser una, breve, clara, precisa y comprensiva del hecho o los hechos, o del conocimiento de éstos, de que las partes hagan depender la decisión del asunto*”. Como se vê, não se trata, no caso venezuelano, de juramento sobre a justiça da causa (como havia, p. ex., no direito anglo-saxão arcaico do século IX — *supra*, tópico 8.1.2, II); jura-se necessariamente sobre **fatos relevantes** para o deslinde do litígio. E, revelando a

acusatório, seguindo o modelo cível; mas, já a partir do século XII, ganhou franca oficiosidade, tornando-se basicamente inquisitorial (“*inquisitio*”), inclusive com possibilidade de produção de provas por tortura (“*quaestio*”)⁷¹². Nesse ponto, ao menos ideologicamente, o processo canônico não conseguiu despregar-se de seu tempo histórico.

VI. Na atualidade, processo e procedimento canônicos são regidos essencialmente pelo Código de Direito Canônico, promulgado sob a autoridade do Papa JOÃO PAULO II em 1983, após a revisão integral do código anterior (de 1917) por uma comissão revisora que o Papa JOÃO XXIII havia criado em 1963. Segundo PAULO VI, que empunhou o cetro papal entre os dois pontífices anteriormente citados, a velha ordem canônica, de estilo formalista, legalismo metuculoso e juridicismo secular, havia de ser transcendida⁷¹³. Foi o que se deu, em alguma medida.

Entretanto, equivoca-se quem pretenda reconhecer, no Código de Direito Canônico, um diploma eclesiástico de natureza “constitucional”. Na verdade, em 1965, o mesmo PAULO VI publicitou a intenção de formular uma constituição para a Igreja (a “*lex ecclesiae fundamentalis*”); e, de fato, produziu-se a final um projeto de texto, com dois títulos e seis capítulos. Entretanto, assomaram muitas críticas a tal iniciativa. Argumentou-se que a proposta obstaculizaria o progresso ecumênico; e, mais, que incorreria em grave equívoco dogmático, eis que a base da Igreja é JESUS CRISTO e o seu Espírito, enquanto os textos “constitucionais” canônicos não poderiam ser outros que não as Sagradas

“atualidade” do instituto no tráfico jurídico da Venezuela, o *Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas* julgou inadmissível, em junho de 2008, uma prova de juramento decisório produzida por certo advogado, reportando-se a julgado anterior da extinta *Corte Suprema de Justicia* (07.06.1951) e ponderando que “*la doctrina dominante ha interpretado que, tratándose del juramento decisório, no basta que el hecho sea genéricamente relevante a los fines decisorios, sino que es necesario que el hecho integre em términos jurídicos el supuesto de hecho constitutivo, de tal modo que sea eficaz, por sí mismo, para definir la controversia sin más indagación probatoria, porque un medio probatorio puede decirse decisório, en tanto en cuanto sea tal el hecho histórico, o el punto de hecho, que establecida su certeza, sea idóneo para determinar es el acogimiento o el rechazo de la demanda o de una parte de ésta*” (1º JPICMT-Caracas, Exp. n. 45572, MARIA ROSA MARTÍNEZ C., j. 02.06.2008, in <http://cf.tsj.gov.ve/decisiones/2008/junio/2116-2-45572.html> — acesso em 11.07.2009).

⁷¹² John Gilissen, *Introdução...*, p.141 e pp.715-716. A tortura, como as ordálias, tinham fundo *místico* e subsumem-se muito apropriadamente ao que GILISSEN denominou de “*sistema de provas irracionais*” (*idem*, p.715).

⁷¹³ Coriden, *An Introduction...*, pp.35-41.

Escrituras. E, morto o papa PAULO VI, jamais se promulgou aquele texto⁷¹⁴. Logo, ao menos do ponto de vista hierárquico-normativo, parece ser insustentável que qualquer preceito do Código de Direito Canônico — inclusive os de natureza processual — gozem, naquele sistema, de alguma “fundamentalidade” formal.

No entanto, a despeito dessa idiossincrasia do sistema legal-canônico, podem-se identificar, naquele código, diversos direitos e garantias processuais materialmente “fundamentais”, como o princípio da inércia e o direito de demanda (c. 1501), o princípio da instrumentalidade (cc. 1503 e 1505, §3º), o direito à prova (c. 1526), o princípio da menor restrição (c. 1498) e a garantia do duplo grau de jurisdição (c. 1628), entre outros. Como a construção hodierna deriva de séculos de maturação institucional, pode-se deduzir que, desde as suas origens (quarto século cristão), o processo canônico serve como fonte material de institutos, princípios e regras processuais de feições garantistas, a influenciar o próprio direito temporal. É o que buscaremos ilustrar a seguir, não com base no direito canônico atual, mas com esboço no direito canônico medieval (que obviamente legou ao seu correspondente pósteros várias daqueles garantias de ordem processual). Vejamos.

Importa mencionar, em primeiro lugar (e em um plano mais geral), o precitado reconhecimento de que as *formalidades judiciais* eram essenciais para a salvaguarda dos direitos e das liberdades dos súditos, apresentando-se como *condição de validade* para as respectivas decisões. A maior evidência desse reconhecimento — situando o processo canônico entre os mais cruciais precedentes históricos a adjuvarem, nos seus prolegômenos, a noção que futuramente designaríamos como “*procedural due process*” — pode ser encontrada já no *Decreto Graciano* (também conhecido como “*Concordantia discordantium canonum*”), que sistematizou o direito canônico medieval entre 1140 e 1142, organizando as leis canônicas anteriores e estatuinto cento e uma distinções dedicadas ao direito canônico a às suas fontes, aos clérigos e à sua ordenação, com trinta e seis causas (“*causae*”) relativas às mais variadas matérias (processo, patrimônio da Igreja, religiosos, matrimônio, penitência etc.) e cinco distinções referentes ao culto, aos sacramentos e aos sacramentais. No Decreto Graciano, estabeleceu-se, sem quaisquer abrandamentos, que

⁷¹⁴*Idem*, p.45. O projeto da *Canonical Constitution of the Church* segue adiante, reproduzido às pp.45-51.

ninguém poderia ser validamente condenado sem que se observasse a “ordem judiciária”: “*Quod autem nullus sine iudiciaria ordine damnari valeat, auctoritatibus probatur*” (*Causa II, Quaestio I*). Mais tarde, em 1189, o Papa CLEMENTE III autorizou que o juiz eclesiástico providenciasse “*ex officio*” o cumprimento das solenidades judiciárias, ainda quando as partes interessadas não o fizessem, sob pena de nulidade do juízo. Assim, nas *Decretais*:

“*Iudex ex officio providere debet, ut debitae solemnitate serventur in iudiciis, quibus omissis iudicium redditur frustratorium*” (*Decretais*, Livro II, Título I, Cap. IX).

De outra parte, o processo canônico prestou grande contribuição às ideias cultas em torno da estabilização e da recorribilidade das sentenças judiciais, contribuindo fortemente para a evolução do instituto da *coisa julgada*. Se bem que de início o direito canônico se tenha inspirado no próprio regime romano da coisa julgada (*supra*), desenvolveu-o posteriormente com variegados elementos próprios, que mais tarde influenciariam o próprio direito leigo. O diploma mais relevante nessa repaginação semântica é novamente o *Decreto Graciano*, que acolheu a noção romana de coisa julgada, mas alterou significativamente o seu regime, realçando instrumentos como a “*restitutio in integrum*” e a própria “*appellatio*”, então considerados os dois únicos meios de impugnação de sentenças válidas, mas iníquas. Nesse sentido é que, no desenvolvimento das suas trinta e seis “*causae*”, o *Decreto* possuía inúmeros preceitos a respaldar tanto hipóteses de apelação como de “*restitutio*”, na linha do que hoje denominaríamos como “direito de revisão judicial”. A “*appellatio*”, porém, foi objeto da *Quaestio VI* da *Causa II*, enquanto a “*restitutio*” não teve ali regulamentação específica, sendo antes referida em diversas passagens como instituto geral de caráter extraordinário. Ulteriormente, o seu primeiro tratamento específico e ordenado apareceria na “*Libellus Ordinis Iudiciarii*” (Livro IV, Título 6), de TANCREDO (1214-1216), autorizando a anulação e a renovação do juízo canônico: “*Sententia per beneficium in integrum restitutionis sublevatur ac scinditur et iudicium renovatur*”. Da mesma forma, nas *Decretais* de GREGÓRIO IX (1234), a “*integrum restitutione*” é tratada no Título XLI do Livro I e também no Capítulo XI do Título XIII do Livro III. Ainda nos dias de hoje, a “*restitutio in integrum*” segue prevista no Código de Direito Canônico em vigor (c. 1645), como uma via rescisória extraordinária,

para a impugnação de decisões transitadas em julgado (em casos de “manifesta injustiça”, nos termos do par. 2º), a par da possibilidade do exercício das competências correicionais do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica nos teratológicos casos de “*querelas nullitatis*” (c. 1445, §1º, 1).

Nos tempos de GRACIANO, porém, não se distinguia claramente entre a coisa julgada (como atributo ou predicado) e a própria sentença judicial (como objeto a que se poderia associar aquele atributo), tendo-a como mera “definição judicial” da própria sentença. Somente décadas mais tarde, com a elaboração teórica dos glosadores (a partir dos textos romanos) e o contributo de certas decretais papais, consolidou-se o entendimento de que o “*transitus in rem iudicatam*” era mesmo um *predicamento* de certa sentença, consistente na sua irrevogabilidade ordinária e inconfundível com a própria sentença. Reconhecia-se com isso, “*a contrario sensu*”, haver sentenças circunstancial e/ou naturalmente *mutáveis* (ao lado daquelas imutáveis, porque trânsitas em julgado), embora já definitivas; o que significou, no campo das garantias processuais, acenar, por um lado, para o reconhecimento de sentenças imanentemente mutáveis (informadas por cláusula “*rebus sic stantibus*”); e, por outro, para a admissão da *revisão dos julgados* — e, logo, do *duplo grau de jurisdição* — como um incipiente direito dos súditos. Para alguns autores, essa foi a maior contribuição do direito canônico para o instituto da coisa julgada, atinando-se, a partir de então, para o momento cronológico em que as sentenças formalmente adquiririam a imutabilidade da coisa julgada, “*si et quando*” fossem compatíveis com essa imutabilidade. Assim é que, quanto às sentenças imanentemente mutáveis, a decretal “*Lator praesentium sua nobis*”, do Papa ALEXANDRE III (1159-1181), expressamente enunciou o princípio de que o “*transitus in rem iudicatum*” não se dava em sentenças exaradas nas ações de estado, inclusive por razões de fundo espiritual. Ainda hoje, no Código de Direito Canônico de 1983, prevalece o princípio da não passagem em julgado das sentenças relativas ao estado das pessoas (c. 1643).

Ademais, ainda no marco do direito canônico e de seus consecrários, merece alguma atenção o *processo inquisitorial eclesiástico* — e notadamente o respectivo *direito probatório* (entenda-se como capítulo do direito processual ou do direito material) —, que

deu ensejo e entidade às mais emblemáticas desumanizações da história da humanidade em sede processo-procedimental, sobretudo no que diz respeito ao processo e julgamento de praticantes de magias e sortilégios (cujos procedimentos despregaram-se, a certa altura, daqueles relativos às heresias em geral, tornando-se dentre todos os mais rigorosos). O sistema romano-canônico já convivia desde o século XII com o regime das “provas legais”, baseado em uma classificação sistemática de fundo escolástico, que hierarquizava rigidamente os diversos meios de prova (*supra*, n. V); no processo inquisitorial, porém, as ordálias e as provas cruéis assumiram papéis de primeira grandeza. Como se sabe, o Papa JOÃO XXII formalizou a perseguição à “bruxaria” em 1320, autorizando a Santa Inquisição a intervir diretamente na apuração de tais eventos. Em 1484, o Papa INOCÊNCIO VIII emitiu a bula “*Summis Desiderantes*”, pela qual autorizada dois inquisidores, HEINRICH KRAMER e JAMES SPRENGER, a sistematizarem os procedimentos e métodos de identificação e expiação de bruxos e feiticeiros. Dois anos depois era publicado o “*Malleus Maleficarum*” (ou “*Martelo das Bruxas*”), com catorze edições entre 1487 e 1520 e outras dezesseis entre 1574 e 1669.

Como antecipado, as suas passagens mais desconcertantes dizem com o procedimento probatório. Lê-se, por exemplo, na *Questão XIV* do “*Malleus Maleficarum*” (que trata “[d]o Método de Sentenciar a Acusada ao Interrogatório: E Como deve ser Interrogada no Primeiro Dia; e se lhe pode Prometer a Vida”), o seguinte:

“[...] se, depois de manter a acusada em estado de suspense, e de adiar continuamente o dia do exame, a par de frequentes persuasões verbais, o Juiz verdadeiramente acreditar que ela esteja negando a verdade, que proceda ao interrogatório, mas sem derramamento de sangue [...]. E deve começar da seguinte forma. Enquanto os oficiais se preparam para o interrogatório, que a acusada seja despida [...] por mulher honesta de boa reputação. Eis o motivo: cumpre vasculhar-lhe as roupas em busca de instrumentos de bruxaria a elas costurados; pois muitas vezes portam tais instrumentos, por instrução dos demônios, de membros de crianças não-batizadas, cuja finalidade é a de que tais crianças se vejam privadas da visão beatífica. E depois de os instrumentos terem sido retirados, o Juiz deverá usar de sua capacidade de persuasão e da de outros homens honestos e zelosos da fé para induzi-la a contar a verdade voluntariamente; caso contrário, que ordene aos oficiais que a amarrem

com cordas e a coloquem em algum aparelho de tortura [...]; ao persuadi-la, convém dizer-lhe que poderá escapar da pena de morte. [...] No entanto, se nem as ameaças nem as promessas a levam a confessar a verdade, então os oficiais devem prosseguir com a sentença, e a bruxa deverá ser examinada, não de alguma forma nova ou estranha, mas da maneira habitual, com pouca ou muita violência, de acordo com a natureza dos crimes cometidos. E enquanto estiver sendo interrogada a respeito de cada um dos pontos, que seja submetida à tortura com a devida frequência, começando-se com os meios mais brandos; o Juiz não deve se apressar em usar dos meios mais violentos. E enquanto isso é feito, que o Notário a tudo anote: de que modo é torturada, quais as perguntas feitas e quais as respostas obtidas. [...] Se após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então não for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo se houver boas indicações de seu provável êxito. [...] O Juiz deverá cuidar para que durante esse período guardas permaneçam com ela — que em momento algum fique sozinha — para evitar que o demônio faça com que ela se mate”.

O objetivo do procedimento, como se vê, não era descobrir verdades, mas obter confissões de verdades presumidas. E, ao final de tudo isso, esperava-se do juiz uma sentença “*definitiva e justa*”...

Para mais, é certo que as autoridades eclesiásticas estimulavam a delação, anunciando supostas recompensas divinas para os fieis que entregassem hereges e desviantes. E, com o tempo, a delação eficaz se tornaria um excelente expediente, entre vizinhos e familiares, para vingar rusgas ou neutralizar desafetos. A par da utilização da tortura como meio de prova, a condenação nos tribunais do Santo Ofício poderia vir com a confissão ou sem ela, sendo certo que o procedimento admitia a indicação de um advogado de defesa (mais como uma faculdade do réu e menos como uma sua garantia), assistindo-lhe o pleno acesso aos autos de processo (exceto quanto aos nomes de testemunhas e depoentes). Reconhecia-se ao acusado, outrossim, o benefício da dúvida (“*in dubio pro reo*”); mas, ainda assim, “*desde que isso não envolva um escândalo à fé, ou seja prejudicial à justiça*”. E as penas aplicáveis atendiam a um amplo espectro, desde as penas de morte nas fogueiras (que grassaram sobretudo nos séculos XVI e XVII) até as penas

mais leves, como penitências simples, atos de contrição, penas pecuniárias (em dinheiro) e “autos de fé” (procissões expiatórias a que se obrigavam publicamente os condenados).

Não era, em absoluto, um modelo formalmente irracional. Ao revés, racionalizava meticulosamente o sistema processual penal eclesiástico, estabelecendo rigorosos ritos formais e escalonando com detalhes as velhas hierarquias de provas (assim, *e.g.*, o testemunho ocular de duas pessoas estava entre as “*probationes plenae*”, assim como vários testemunhos indiretos poderiam perfazer “*probationes semiplenae*”; duas provas semiplenas, por sua vez, podiam valer como prova plena; e assim por diante). Nada obstante, toda essa racionalidade formal não promovia, em termos gerais, verdadeira garantia para os acusados, porque se escorava em crenças e princípios de fundo irracional (como a crença em feitiçarias e sortilégios — a ponto de se asseverar, na *Questão I* do “*Malleus*”, ser herética a sustentação obstinada de qualquer opinião contrária à existência de bruxas —, a crença nos pactos demoníacos e nas ações invisíveis de íncubos e súcubos, a crença na natural predisposição da mulher para o pecado e a concupiscência satânica — porque “*Eva nasceu de uma costela torta de Adão, portanto nenhuma mulher pode ser reta*” —, a crença no valor intrínseco e objetivo das ordálias e conjurações — inclusive o “ordálio pelo ferro incandescente” —, e assim sucessivamente). Trasladando à hipótese processual a célebre crítica de HABERMAS ao modelo weberiano de dominação legal, a mera racionalidade não perfaz legitimidade: a fé na legalidade de um procedimento não engendra legitimidade “*per se*” (i.e., pela mera virtude da correção procedimental), porque sempre se terá de presumir a legitimação anterior do próprio procedimento. A legitimidade haverá de remontar, portanto, aos fundamentos racionais subjacentes àquele procedimento (o que importa reconhecer, na visão habermasiana, a existência de princípios morais convencionais — logo, princípios *materiais* — que previamente outorguem aquela legitimidade).

Daí que, ao cabo e ao fim, a experiência processual do Santo Ofício terminou por demonstrar que a racionalidade procedimental e a devida forma, se dissociadas de valores e princípios materiais adequados, pouco representam em termos de proteção da dignidade da pessoa humana. A própria Igreja Católica Apostólica Romana viria a admiti-lo, no final do

século XX, escusando-se pelos abusos praticados, i.e., pelos “*erros cometidos a serviço da verdade por meio do uso de métodos que não têm relação com a palavra do Senhor*” (JOÃO PAULO II, 2000). Percepção que, aliás, não é nova. Desde os quinhentos, a iniquidade dos procedimentos instrutórios inquisitoriais era denunciada, inclusive nos próprios espaços clericais, como revelam as letras fortes do padre CORNELIUS LOOS (1592):

“A severidade da tortura obriga essas criaturas desgraçadas a confessar coisas que nunca haviam feito. [...] Essa carnificina cruel presume que vidas inocentes sejam tomadas e, graças a uma nova alquimia, o ouro e a prata sejam cunhados a partir do sangue humano”.

Os setecentos anos de horror da Inquisição servem, pois, à revelação crua do que absolutamente *não pode ser* o processo e o direito probatório, notadamente em sede penal. E do que se pode tornar, no limite, um processo “racional”, mas *sem* mínimas garantias.

8.4. CONCLUSÕES PARCIAIS. A CONSUMAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO

I. Ante as reflexões desenvolvidas entre os tópicos 8.1 e 8.3, e outra vez à guisa de conclusões parciais, convém pontuar o que segue.

1.1. Estudos de direito processual existem desde a Alta Idade Média, tanto entre os glosadores (BALDOVINUS, TANCREDO) como entre os comentadores (JOÃO DE MAYNO)⁷¹⁵. No entanto, a Idade Média não trouxe grandes avanços à técnica processualística, a não ser pela clausulação de seu maior arquétipo contemporâneo: o **devido processo legal**. Significa dizer que pouco contribuiu para o direito processual como **ciência**, mas muito contribuiu — foi mesmo fundamental — para a ideia de processo como dimensão das **liberdades públicas**.

⁷¹⁵ Cf., por todos, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque, *História do direito português*, Lisboa, Pedro Ferreira, 1993, v. I, pp.204-210; Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.73, nota n. 01.

1.2. De modo geral, identificam-se três padrões distintos de **garantias processuais** nas principais “*leges barbarorum*” germânicas (e, em especial, na *lex Salica*, na *lex Ribuarica*, na *lex barbara Burgundionum*, na *lex Baiuvariorum*, na *lex Frisionum* e na *Ewa Ad Amorem*). São elas, em esforço de síntese, a garantia da *devida forma* (como nas *glosas malbérgicas*, que assumiam a função de fórmula ritual para o queixoso), o *direito de prova* (aprisionado por formalidades e regido por disciplinas estéreis em racionalidade) e, pontualmente, o *direito à transação judicial* (como na “*Wergeld*” da lei sálica, que prevenia a “*Faida*”). Há, outrossim, apuramentos em matéria de *organização judiciária*, sobretudo quanto aos *tribunais populares*, tomando-se como referência os tribunais ordinários dos francos (“*mallum*”), compostos por homens livres dos respectivos condados. O “*mallum*” franco possivelmente está na base de inspiração dos júris populares da tradição anglo-americana (“*trial by jury*”).

1.3. Por outro lado, a gênese histórica da cláusula do “*due process of law*” não radica na própria *Magna Charta Libertatum* (1215), como amiúde se afirma. Bem antes dela, foi positivada no **edito feudal** de 28 de maio de 1037, do rei sálico CONRAD II (Germânia), já com dimensão substantiva e adjetiva, sob a expressão geral “*secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum*”. Nada obstante, a *Magna Charta* de JOHN THE LACKLAND é certamente o principal monumento jurídico percussor da ideia do devido processo para os povos pósteros.

1.4. Em termos político-jurídicos, a novidade do edito de CONRAD II é notória e perfaz divisor de águas em relação aos monumentos jurídicos anteriores (= **salto qualitativo**). É que, até o século XI, os mecanismos processuais que serviam à garantia da pessoa desempenhavam seu papel “*in praxis*” (i.e., inferidos por indução); mas, com o decreto feudal de 1037, o garantismo assume dimensão *abstrata* (= leis do império, julgamento pelos pares), revelando-se “*in conceptu*”, com eficácia vertical em face do Estado (soberano), e permitindo inferências por dedução.

1.5. Ressalvados os bons precedentes germânicos e ingleses, entretanto, os sistemas de justiça medievais não tinham perfil garantista, em especial no apogeu do regime feudal.

Os corpos judiciários não eram técnicos e os procedimentos, inseguros e não uniformes; e as sentenças se pronunciavam em nome de Deus e pelo seu arbítrio, recorrendo-se, não raro, a ordálias ou duelos judiciários. Do ponto de vista formal, o sistema de justiça mais seguro e confiável do período foi o canônico⁷¹⁶.

1.6. Passando pela *Great Charter of Henry I* (1118) e pela *Unknown Charter* (1215), a garantia do devido processo chegou à *Magna Charta Libertatum* (1215), vedando a captura, o aprisionamento, o desapossamento, a colocação em ilegalidade, o exílio ou a destruição da pessoa livre, “*exceto mediante o legítimo [legal] juízo de seus pares e [ou] pelo direito [lei] da terra*”. Na reedição de 1354, tal garantia recebeu pela primeira vez o seu atual “*nomen iuris*” — “*due process of law*” —, sendo então estendida, ao menos formalmente, a qualquer do povo (“*no one*”). Debatem os historiadores se, no texto histórico, a conjunção (“*vel*”), que reunia as expressões “*per legale iudicium parium suorum*” e “*per legem terrae*”, tinha função sintática disjuntiva ou conjuntiva; e, de fato, mesmo nos dias de hoje, o teor dessa polêmica ainda encerra boa dose de sentido, nomeadamente quanto às possíveis imbricações entre devido processo formal e substancial.

1.7. Deve-se reconhecer à *Magna Charta Libertatum* um papel de destaque na História do Direito e do próprio devido processo legal, pelo conjunto de seus características (que não se encontram, p. ex., no edito de 1037): **(a)** a condição de petição de direitos e garantias pactuada em tempo de ruptura; **(b)** a sua vocação para a universalidade pósteria; **(c)** a ultratividade de seus conteúdos ético-normativos, nos planos da validade e da eficácia

⁷¹⁶ Diz-se do ponto de vista **formal** para significar, mesmo, a **formalização** dos atos processuais (uma vez que, desde a origem, o processo canônico sempre foi escrito, enquanto a maior parte dos procedimentos judiciais laicos medievais eram exclusiva ou predominantemente orais. E a ressalva é pertinente para esclarecer que, por observarem *formas* mais seguras e confiáveis, nem por isso os procedimentos canônicos eram necessariamente mais justos (ou *conduziam* a resultados mais justos). Não foram — inclusive porque vieram a incorporar a mesma *ideologia irracional* dos julgamentos em nome de Deus, da oficiosidade da justiça divina (transformando em **inquisitorial** um processo penal originalmente acusatório) e das consequentes provas por torturas ou ordálias. Basta ver os processos da Santa Inquisição. Em palavras de GILISSEN (sobre o processo penal canônico), “*nos finais do século XII apareceu o processo oficioso, por inquirição (inquisitio) ordenada pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração (procedimento inquisitorial). Este processo foi largamente aplicado pelo Santo Ofício na luta contra as heresias; levou à permissão de ordenar a tortura* (quaestio), *instituição recebida do direito romano e aplicada contra os heréticos por uma bula de Inocêncio IV de 1252*” (Gilissen, *Introdução...*, p.141 — *g.n.*). O que permite um aforismo: ante a irracionalidade, o processo escrito jamais será garantia suficiente de indenidade de direitos e liberdades.

(desbordando, inclusive, de seu período histórico e de seu sítio geográfico); **(d)** o emprego incipiente de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados (como já se anunciava no edito de CONRAD II).

1.8. O princípio “*by the law of the land*” — a que corresponde a expressão latina “*per legem terrae*” — tem significado histórico controvertido. Sustentam alguns que originariamente significasse tão só a observância de um processo judicial adequado à natureza do caso (= “*orderly proceedings*”). Não é esse, porém, o entendimento mais acertado. No século XVII, EDWARD COKE já emprestava à expressão uma acepção substancial, no sentido de proteger os súditos da Coroa inglesa contra monopólios. Esse dado, associado a outros elementos históricos, sugere que o princípio “*by the law of the land*” desde cedo estivesse mais próximo da ideia de *tutela constitucional das liberdades* (= “*substantive due process*”) do que, propriamente, da ideia de direito ao procedimento ou ao processo justo (= “*procedural due process*”); afinal, a cláusula surgiu para limitar os poderes do rei, não para disciplinar procedimentos judiciais.

1.9. A rigor, não se pode afirmar que, em 1215, os barões ingleses estivessem preocupados em instituir, para si ou para outrem, *garantias processuais* em significação própria. Nem faz sentido pensar a cláusula original do “*due process of law*” em termos de direito material (= substantivo) e de direito processual (= adjetivo), senão por mera aproximação. A outorga de direitos de Runnymede teve por único objetivo limitar os poderes da Coroa, sem sofisticações de qualquer outra ordem. O elemento processual (“*per legale iudicium parium suorum*”) ganhou instrumentalidade meramente intuitiva, sem qualquer preocupação lógico-científica. Isso demonstra que certos direitos de organização e procedimento *derivam naturalmente* das garantias fundamentais, independentemente de proposições legislativas; e demonstra, mais, que o **imperativo de tutela** imanente a todo e qualquer direito humano fundamental (como é, nos Estados de Direito, o direito ao devido processo legal) repousa em dimensão constitucional na qual os aspectos processuais e substanciais do devido processo *indiferenciam-se*. Assim, “*procedural due process*” e “*substantive due process*” são **manifestações diacríticas** de idêntica natureza (= jusfundamentalidade), mas com diversa morfologia nas aplicações concretas da cláusula

constitucional do devido processo. E, pelas mesmas razões, preexistindo em estado de indiferenciação no plano jusfundamental, resulta lógico supor que, em contextos concretos, as exigências de devido processo substantivo possam *inpletir* o devido processo legal formal.

1.10. Quanto ao direito processual canônico medieval, a ele devemos tributar, em especial, a percepção quase axiomática de que a **devida forma** é, em si mesma, uma **garantia processual** das partes. Vem daí que a **devida forma processual** integra também a cláusula do “*procedural due process*”, informando o rol de garantias do cidadão perante o Estado-juiz. Esse aspecto não pode ser olvidado, senão quando razões maiores, de matiz jusfundamental, impuserem inflexões concretas e pontuais⁷¹⁷. A rigor, a própria redescoberta do *processo escrito* — e do que ele representa em termos de segurança jurídico-processual (sem pretender menosprezar as benesses da oralidade) — é um legado histórico do processo canônico. Como ressaltou GILISSEN,

“Os tribunais eclesiásticos aplicaram em matéria civil um processo escrito, amplamente inspirado pelo processo em direito romano. **Quando as jurisdições laicas adoptam, sobretudo a partir do século XVI, o processo escrito, servem-se para isso dos elementos do direito canónico.** Este foi, portanto, nesta matéria como em muitas outras, o intermediário entre o direito romano e o direito moderno”⁷¹⁸.

II. Face a tantas constatações, conclui-se que, para as garantias individuais — e, em particular, para o devido processo —, a Idade Média não foi decerto uma “noite negra”. Bem ao contrário, abrigou as condições sócio-políticas necessárias para a **consumação histórica da cláusula do devido processo legal**, com todas as suas potencialidades (substanciais e procedimentais).

⁷¹⁷ Sobre o esforço hermenêutico que parte da magistratura trabalhista brasileira empreendeu para, após a edição da Lei n. 11.232/2005 (reforma do processo civil de execução), entender *revogado* o artigo 880, *caput*, da CLT (mandado de citação nas execuções trabalhistas), v., *supra*, a nota n. 2623.

⁷¹⁸ John Gilissen, *Introdução...*, p.384 (g.n.).

“Consumar”, com efeito, é rematar, ultimar, perfazer. Não se pode asseverar que, no século V, já não houvesse entre os povos cultos uma ideia rudimentar de tutela jurídica endoprocessual. A Antiguidade conheceu, sim, **garantias processuais** (i.e., mecanismos de proteção dos interesses das partes durante a tramitação do processo), como exaustivamente apontado *supra* (tópico 7.4). Mas não conheceu, “*in abstracto*”, a garantia dos julgamentos *conforme a lei da terra* (= cláusula aberta), *sob o escrutínio dos pares* (com tudo o que daí se desdobraria em termos de garantias de procedimento, na linha do paradigma “*no making a man a judge in his own case*”). A **declaração categórica** dessa garantia abstrata, e bem assim de seu próprio “*nomen iuris*” (“*due process of law*”), devê-mo-la em primeiro lugar ao gênio jurídico europeu medieval (e, por isso mesmo, não nos parece acertada a afirmação de JELLINEK quanto ao pioneirismo legislativo americano⁷¹⁹). Na altura, já como garantia secular com foros de inegável eficácia vertical, embrionando todas as possibilidades semânticas que as gerações vindouras desenvolveriam, seja para as relações jurídico-materiais, seja para as jurídico-processuais. Tudo isso nos legou a Idade Média.

§ 9º. GARANTIAS PROCESSUAIS NA IDADE MODERNA

9.1. ABSOLUTISMO, ESTADO MODERNO E DEVIDO PROCESSO

I. Na autorizada dicção de BOBBIO, deve-se compreender por **Estado absoluto** aquele no qual o soberano é “*legibus solutus*” (= livre de leis), detendo, pois, um poder pessoal pleno e arbitrário, privado de limites⁷²⁰. Sintetizou a viragem histórica que pôs cabo a um sistema político-jurídico-econômico de atomização dos centros de poder, conseqüente proliferação das ordens jurídicas e produção de subsistência (*supra*). Os reis granjearam para si recursos econômicos e militares antes dispersos, cooptando os antigos senhores

⁷¹⁹ “*Sem a América, sem as constituições dos seus diversos Estados, talvez tivéssemos uma filosofia de liberdade, mas jamais teríamos uma legislação que garantisse as liberdades*”. Em Portugal, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p.23 (aparentemente subscrevendo a afirmação).

⁷²⁰ Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2000, p.275.

feudais, e assim reivindicaram a condição de *príncipes soberanos*⁷²¹ — resgatando a antiga aspiração à unidade do Estado romano, jamais alcançada pelo Estado medieval⁷²² —, ao qual haviam de se sujeitar todos os súditos do reino. E foi esse, entretanto, o modelo de poder que gestaria o chamado **Estado moderno** (= da Idade Moderna).

É que

“Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial. Os tratados de paz de Westfália [1648] tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o *Estado Moderno*, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas pelos teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado”⁷²³.

Ademais, o Estado moderno também representou a superação da conflituosidade entre poder temporal e poder espiritual (*supra*, 8.3, II), com a laicização das monarquias e o paulatino desinteresse do Estado pelas coisas da Igreja. Por isso, aliás, JELLINEK observou que o Estado moderno, que nasce como uma unidade de associação organizada segundo uma constituição (o que permite ligá-lo à ideia de *Estado de Direito*), exsurge

⁷²¹ Na dimensão ideológica, ninguém explicitou melhor essa *nova condição* que NICOLLÓ MACHIAVELLI, ao mostrar que “— se se quer o poder — é preciso querer a onipotência; que essa exige não apenas um ato de fundação absoluta, mas também uma resolução que não admite nem fraquezas nem compromissos; que as considerações morais e religiosas devem ser afastadas do cálculo através do qual se estabelece ou se mantém o Estado; que as coisas são assim ainda em maior medida porque o Príncipe é senhor da legislação, porque define o Bem e o Mal públicos e, por conseguinte, no que se refere às questões públicas, nem ele nem os cidadãos devem se valer dos ‘mandamentos’ da Igreja ou da tradição moral; que, nessas mesmas questões, a recusa da violência é uma tolice e que, de resto, cabe distinguir a violência ‘que conserta’ daquela ‘que destrói’” (Châtelet et al., *História...*, p.39). Eis aí, com CHÂTELET, o breviário do monarca absoluto e laico: *Estado-potência + autonomia do político*. Cf. também, por óbvio, Niccolò Machiavelli, *O Príncipe*, trad. Maurício Santana Dias, São Paulo, Companhia das Letras, 2010, *passim*.

⁷²² Cf. Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p.312: “La solución que mayor significación ha tenido [na formação do Estado moderno] ha sido la absolutista, porque la monarquía absolutista es la primera que ha realizado en Occidente, después de la época romana, la idea de la unidad del Estado”. V. também Dallari, *Elementos...*, p.59.

⁷²³ Dallari, *Elementos...*, p.60.

somente após dominar o “duplo dualismo” entre rei e povo, por um lado, e poder espiritual e temporal, por outro⁷²⁴.

E arremata:

“Por distintos que possam ser os motivos e os meios de que se valeu cada Estado particular para dominar este duplo dualismo na luta por dar uma nova forma às relações políticas, conseguiu-se um primeiro resultado de suma importância, que é: a **instauração da unidade do Estado dominando a contenda entre suas partes**”⁷²⁵.

Engendrou-se, pois, um novo tipo de Estado — dito **moderno** —, com os seguintes elementos constitutivos (que, para alguns, são *essenciais* à noção mesma de **Estado**⁷²⁶): **(a)** o território⁷²⁷; **(b)** a soberania (ou *poder-dominação*⁷²⁸, ou ainda *governo*)⁷²⁹; **(c)** o povo; e **(d)** a finalidade⁷³⁰.

⁷²⁴ Cf. Jellinek, *Teoría general...*, pp.311-312.

⁷²⁵ *Idem*, p.312 (g.n.).

⁷²⁶ Tese com a qual não compactuamos, uma vez que transigimos — como visto *supra* — com as noções de *Estado medieval*, de *Estado romano* e, ainda antes deles, de *ciudades-estado*.

⁷²⁷ No regime feudal, os limites territoriais de cada Estado eram incertos e o próprio sentido de *territorialidade* havia se perdido, em grande parte, com a fragmentação do Império Romano do Ocidente (vide, *supra*, o tópico 8.1.1, III) — o que, aliás, também comprometia, para efeitos civis, a consolidação da ideia de *povo* ou *nação*.

⁷²⁸ A expressão é de JELLINEK (= *Herrschersgewalt*), com um sentido que, para nós, identifica-se em tudo com a acepção de **soberania** comumente empregada pelos autores do século XX (e, nesse sentido, cf. Dallari, *Elementos...*, pp.63-72); logo, melhor seria falar em **poder soberano**. JELLINEK, porém, preferia qualificar a soberania como uma **propriedade** ou **nota essencial** do poder-dominação do Estado, ao lado da **autonomia** e da **indivisibilidade** (*Teoría General...*, pp.394-400 e 432-456). Nessa linha, discorrendo sobre a *Herrschersgewalt*, afirma JELLINEK que “*sólo es posible salir de un Estado para someterse a otro. Al imperium no puede sustraerse hoy nadie, incluso aquel que vive errante, a menos que huya a un desierto o a las proximidades del polo. [...] La petición de que se quiere salir del Estado, o allí donde esto no es preciso, la declaración de que se desea romper con dicho Estado, no exime al emigrante de cumplir con los deberes permanentes que resultan de su cualidad de súbdito, ya que mediante su acto unilateral no puede romperse esta relación. [...] La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder de dominación, bien sea en una sociedad incierta en la vida del Estado o en un individuo, es porque procede del poder del Estado. [...] Este principio corresponde a las relaciones de los modernos Estados*” (pp.396-397— g.n.).

⁷²⁹ No regime feudal, pode-se dizer que havia várias “soberanias” num mesmo território (ou *nenhuma*, desde que não se concebia “soberania” sem *caráter absoluto* — o que, diga-se, já não pode ser lugar-comum, à mercê da longa experiência de relativização de soberanias consumada na União Europeia). Melhor diz DALLARI: “*Até o século XII a situação continua mal definida, aparecendo referências a duas soberanias concomitantes, uma senhorial e outra real*” (*Elementos...*, p.64).

⁷³⁰ Seguindo, aqui, o pensamento de ALEXANDRE GROPPALI (*Doutrina do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp.100-105) e de DALMO DE ABREU DALLARI (*Elementos...*, pp.87-97). Num esforço de abstração, dir-se-ia que o fim do Estado é o **bem comum** (ou, na precisão de DALLARI, “*o bem comum de um certo povo, situado em determinado território*” — cf. *Elementos...*, p.91). Registre-se, porém, que GEORG JELLINEK, o “pai” da moderna teoria geral do Estado, satisfaz-se com os primeiros três elementos

É claro que essa nova concepção de Estado irradiou reflexos no plano dos direitos individuais dos súditos, tributários da ideia de um Estado **forte**, fosse ou não absolutista. Vejamos.

II. É também BOBBIO quem observa — contrapondo THOMAS HOBBES e sua “*doctrina civilis vera et vere demonstrata*” — que uma concepção absoluta de poder se faz acompanhar de uma concepção absolutista de saber⁷³¹. Se o príncipe é o senhor de toda a legislação, definidor do bem e do mal públicos (*supra*, nota n. 721), já não se admitem “saberes” que contrariem a visão de mundo e a ideologia do príncipe-Estado⁷³², ou que coloquem em xeque a posição de supremacia política do monarca. Restringem-se, nesse sentido, as liberdades e as possibilidades de decisão (inclusive no âmbito judicial). Há uma visão *organicista* da sociedade, que vê no Estado, como fato natural (e não contratual) que é, a sua cabeça e a sua razão⁷³³, eclipsando-se o papel e o valor do indivíduo. E, assim como não há espaço para o indivíduo fora do Estado, tampouco há, na estrutura do Estado, espaço para agentes que não reproduzam a vontade e o entendimento do príncipe-soberano.

Era, pois, como então se entendia o papel institucional do juiz. Vê-se bem tal viés de subalternidade nos documentos históricos — como, *e.g.*, na *Petition of Rights* de 1628⁷³⁴

(*território, povo, poder*), conquanto tratasse também das *funções do Estado* (capítulo XVIII; v. *Teoria...*, pp.528-551), mas sem qualquer nota da essencialidade. Da mesma forma, WEBER excluía a **finalidade** entre os elementos constitutivos do Estado, vez que não seria possível definir um grupo político — e tanto menos o Estado — indicando o seu objetivo de agir, porque “*não há objetivo que grupos políticos não tenham alguma vez proposto*” (Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, J. Winckelmann [Hrsg.], Tübingen, J.C.B. Mohr, 1975-1976, v. I, pp.23-30).

⁷³¹ Cf. Bobbio, *Teoria Geral...*, p.p.391 — o que revela, “*de per se*”, o viés **absolutista** de HEGEL — bem apreendido por BOBBIO —, quando afirmava que o povo é a componente do Estado que “*não sabe o que quer*”, porque saber o que se quer é fruto de profunda inteligência, geralmente inacessível ao vulgo. Nas palavras do filósofo alemão, “[o] Estado, como realidade em ato da vontade, substancial, realidade esta que adquire na consciência particular de si universalizada é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante aos indivíduos que, em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever” (cf. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, Lisboa, Guimarães, 1990, p 225).

⁷³² A expressão é de CHÂTELET *et al.* (“*prince-état*”). Cf. *História...*, pp.37 e ss.

⁷³³ Bobbio, *Teoria Geral...*, pp.391-392.

⁷³⁴ Veja-se, *p.ex.*, a respectiva cláusula IX (pensando-se no sistema judiciário como um todo, o que envolve acusação, processo e julgamento): “*And also sundry grievous offenders, by colour thereof claiming an exemption, have escaped the punishments due do them by the laws and statutes of this your realm, by reason that divers of your officers and ministers of justice have unjustly refused or forborne to proceed against such offenders according to the same laws and statutes, upon pretence that the said offenders were*

e no *Act of Settlement* de 1701⁷³⁵ — ou, ainda, nos escritos dos pensadores modernos, como em MONTESQUIEU (que escreveu seu “*L’Espirít des lois*” em 1748, no ocaso da Idade Moderna):

“Se os tribunais não devem ser fixos, **as sentenças devem sê-lo**, a ponto de **não serem outra coisa senão um texto preciso da lei**. [...] Se os juízos fossem o veículo das opiniões particulares dos juizes, viveríamos em uma sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir”⁷³⁶.

Também se descobre idêntica visão de mundo, exponencialmente *intensificada*, na obra do MARQUÊS DE BECCARIA (“*Dei deliti e delle penne*”, 1764): no processo penal, o juiz sequer poderia *interpretar* a lei soberanamente ditada (fosse pelo monarca — nos Estados absolutos —, fosse pelo parlamento). *In verbis*:

“[...] **tampouco a autoridade de interpretar as leis penais pode ser um atributo dos juizes criminais**, pela razão de não serem legisladores. Os juizes não receberam as leis de nossos antepassados como uma tradição doméstica e um testamento que não deixasse aos pósteros senão o cuidado de obedecer; **receberam-na, sim, da sociedade viva, ou do soberano representante dela**, como legítimo depositário do efetivo resultado da vontade de todos [...]”⁷³⁷.

punishable only by martial law, and by authority of such commission as aforesaid; which commissions, and all other of like nature, are wholly and directly contrary to the said laws and statutes of this your realm” (g.n.). A cláusula sugere abertamente a existência de tribunais de exceção (marciais) que, direta ou indiretamente, favoreciam “*offenders*” partidários do rei (vide, *infra*, tópico 9.2.1).

⁷³⁵ Que buscou justamente *resgatar* a independência judicial, dispondo que “*judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address for both Houses of Parliament it may be lawful to remove them*”. Cf., *infra*, o tópico 9.2.3.

⁷³⁶ Cf. Montesquieu, *L’Espirít des lois*, Livro XI (g.n.); v., *supra*, nota n. 215. Essas e outras preocupações ligadas à chamada “**segurança jurídica**” — ou “**previsibilidade dos julgados**”, como aconselhou em 1996, para a América Latina e o Caribe, o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial (nota n. 141, *supra*) — aparecem ao longo de todo o *Livro XI*, que expõe a teoria de separação dos poderes; e, assim como ela (a teoria), aquelas (as preocupações) acompanham o discurso jurídico comum teórico até os dias de hoje. São, pois, um *legado* do pensamento jurídico que justificou o surgimento do Estado moderno.

⁷³⁷ Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), *Dos Delitos e das Penas*, trad. Torrieri Guimarães, São Paulo, Hemus, 1973, capítulo IV.

Nem por isso, todavia, a ideologia em vigor induziu à *confusão* entre Estado e indivíduo. O absolutismo não foi, nesse sentido, totalitário⁷³⁸. O Estado moderno não *absorveu* o dualismo rei-povo dentro de si, mas apenas o recompôs em termos binomiais (o que não poderia ter sido feito no regime feudal, ante a multiplicidade de ordens jurídicas e de poder). Ao fazê-lo, limitou a esfera de atuação dos monarcas: os direitos arrebatados pelos súditos sob o fio da espada, nas lutas do medievo, foram reconhecidos e assegurados entre os séculos XVI e XVIII. Não por outra razão, JELLINEK afirmou que

“as liberdades e privilégios do indivíduo, das corporações e dos estados ou braços na Idade Média estão enlaçados historicamente, de um modo visível, com as modernas liberdades que a Constituição ampara. Igualmente, a luta secular entre o Estado e a Igreja trouxe como resultado a convicção geral, e dominante hoje em todos os Estados cultos, de que o poder do Estado, quando se trata das crenças religiosas de seus membros, encontra seu limite intransponível nessas mesmas crenças. A teoria jurídica de um Estado sem restrição alguma serviu como a arma que energicamente se esgrimiou para conter as pretensões da Igreja, as quais consistiam em reclamar um campo de atividade independente, exterior e oposto àquele [Estado]; mas por meio dessa luta houve de se convencer o Estado de que os limites reais do *imperium* radicam na intimada religiosa dos indivíduos. Essa convicção engendrada pelas oposições que a Reforma criou desempenhou um **grande papel na determinação das modernas relações entre o Estado e o indivíduo**”⁷³⁹.

Por isso, aliás, o Estado moderno não se identifica, em estrutura e princípios, com o Estado antigo (que, nalgum sentido, foi também “absoluto”, em especial no caso romano, ao assenhorear-se do governo da Igreja e não admitir poderes em contraste). É que —volvendo a JELLINEK — aos antigos faltou a consciência clara da exigência jurídico-positiva de preservação de uma esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado; entre os modernos, pelo contrário, vicejou a permanente convicção de que o homem livre detinha

⁷³⁸ No *totalitarismo*, como se sabe, não é a força, mas sobretudo a *cooptação das massas* — que, nesse sentido, tornam-se *parte* do aparato de Estado —, o fator que confere ao governante poderes e autoridade quase ilimitados. “O Estado totalitário é o Estado *oniinclusivo*, ao qual nenhuma esfera de atividade humana permanece estranha; como *idéia-limite*, implica a *politização integral das relações sociais*” (Bobbio, *Teoria Geral...*, p.708). Veja-se, na história recente, o caso do *nacional-socialismo* na Alemanha da década de trinta; e, a esse propósito, Hanna Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, 6ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2006, pp.113-143.

⁷³⁹ Jellinek, *Teoría General...*, p.315 (g.n.).

direitos de liberdade em face do Estado, devendo ser por ele reconhecido moral e juridicamente. E foi assim, inclusive, nos lugares e épocas em que grassou o mais ilimitado absolutismo⁷⁴⁰. Basta ver, em HOBBS, a ressalva jusnaturalista do *direito de resistência* que, no limite, o súdito poderia opor até mesmo ao Estado-Leviatã⁷⁴¹.

É fato que, na evolução público-privada do direito europeu-ocidental, não se encontra aparente solução de continuidade na passagem da Idade Média para a Idade Moderna (séculos XV-XVI)⁷⁴². Mas há algumas evoluções que, nada obstante, desafiam nota e reflexão. Identifica-se, de modo geral, um **duplo movimento**, em tudo relevante para a compreensão dos rumos do “*due process of law*” na Idade Moderna. De um través, a **limitação da liberdade de convicção dos magistrados**, impedindo que, p. ex., fossem estendidos, pela via hermenêutica (como depois ocorreria nos E.U.A — v., *infra*, tópico 10.1.5), os limites semânticos da cláusula do devido processo. Mas, de outro, a **sua consolidação como garantia da pessoa**. Interessa ver como esses movimentos se manifestaram concretamente.

III. Densificando o primeiro movimento (= limitação dos espaços de livre convicção judicial), apontam-se tendências no **campo do processo** e no **campo do pensamento jurídico**.

No **campo do processo**, o sistema do julgamento pelos pares (“*trial by jury*”), que havia se generalizado na Europa dos séculos XI e XII (vide, *supra*, os tópicos 8.1.1, 8.2.1 e

⁷⁴⁰ *Idem*, pp.314-315.

⁷⁴¹ Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Nova Cultural, 1997, *passim* (especialmente capítulo XXVIII). *In verbis*: “Um pacto em que eu me comprometa a não me defender da força pela força é sempre nulo. Porque [...] ninguém pode transferir ou renunciar ao seu direito de evitar a morte, os ferimentos ou o cárcere (o que é o único fim da renúncia ao direito), e portanto a promessa de não resistir à força não transfere nenhum direito em pacto algum, nem é obrigatória. Porque, embora se possa fazer um pacto nos seguintes termos: Se eu não fizer isto ou aquilo, mata-me, não se pode fazê-lo nestes termos: Se eu não fizer isto ou aquilo, não te resistirei quando vieres matar-me. [...]. E isto é reconhecido como verdadeiro por todos os homens, quando fazem conduzir os criminosos para a execução [...] rodeados de guardas armados, apesar de esses criminosos terem aceitado a lei que os condena”. Esse direito foi inclusive **positivado** em alguns Estados nacionais, com traços mais ou menos particulares, como se vê, p.ex., na Constituição de Portugal (artigo 21º: “Todos tem o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”).

⁷⁴² John Gilissen, *Introdução...*, p.244.

8.2.2) — em especial nos tribunais feudais (que conheciam de conflitos relativos a possessões feudais e a obrigações vassálicas) e nos tribunais censuais (as “*justices foncières*”, que conheciam de conflitos relativos a possessões não feudais) —, experimentou um *retraiamento generalizado*⁷⁴³, em favor de tribunais ou conselhos presididos ou designados pelo rei (à exceção, talvez, do caso inglês, pela idiossincrasia histórica aliada ao isolamento insular, e do caso belga, pela tradição dos escabinatos⁷⁴⁴).

Mesmo na Inglaterra, JENKS acusa uma provável sensibilização acerca da relativa decrepitude do sistema de júris, com todos os seus defeitos, a partir do século XV; e, em especial, naqueles muitos procedimentos em que, inicialmente, o “*trial by jury*” entendia-se essencial (p. ex., “*assises*”, “*entries*” e “*trespasses*”). Buscou-se, então, minorar-lhe as deficiências, havendo notícias de procedimentos civis nos quais as questões de direito suscitadas pelo autor, como não admitissem refutação por simples negativa geral (“*pleading the general issue*” = “*not guilty*”), eram decididas por uma corte de magistrados, não pelos pares (“*for the jury*”)⁷⁴⁵. O dado histórico chega a sugerir certa desconfiança popular em relação à instituição do júri, de modo que, por vezes, para se elidir a competência natural dos jurados, construía-se estratégias de defesa que evitavam contestações genéricas (do tipo “*not guilty*”) e arguiam intrincadas questões de direito, a serem decididas pelos tribunais do reino (“*no-jury trial*”). É o que revela, p.ex., caso extraído de uma compilação quinhentista intitulada “*Dialogues between a Doctor of Divinity and a Student of the Laws of England*” (1523), atribuída à mitológica autoria de SAINT GERMAIN⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, pp.385-388.

⁷⁴⁴ Os escabinatos predominaram em grande parte do noroeste da Europa continental, desde o século XIII, tendo jurisdição plena (civil — com exceção das matérias reservadas a outras jurisdições, como a feudal ou a eclesiástica — e penal) e sendo geralmente formados por sete escabinos (“*scabini*” ou “*Schöffen*”), todos membros da comunidade urbana ou aldeã, escolhidos ora pelo senhor feudal, ora pelo príncipe, ora pelos próprios escabinos mais antigos. A partir do século XV, no entanto, passaram já a ter suas decisões revistas por *conselhos de justiça*, que atuavam sob delegação exclusiva do príncipe (com exceção de algumas grandes cidades, como Bruxelas, Anvers e Lovaine). Cf. John Gilissen, *Introdução...*, p.385-387 e nota n. 191. No Brasil, como visto (*supra*, tópico 8.1.1, II), ainda há o costume de se designar por **escabinatos** os tribunais de primeiro grau da Justiça militar, que contam com “juízes profissionais” (i.e., o togado) e “juízes classistas” (i.e., os que são escolhidos entre os pares de farda).

⁷⁴⁵ Cf. Jenks, *A short history...*, pp.163-164.

⁷⁴⁶ Veja-se a notícia de JENKS (*A short history...*, p.164), reportando-se ao capítulo 53 dos *Dialogues*: “*The illustration given in Doctor and Student is an Assisse of Novel Disseising brought against an occupant of land by a stranger of whose title the defendant knows nothing. If the defendant were to plead simply ‘no wrong nor*

Em França, a tendência de concentração de poderes já se fazia sentir desde finais do século XIII (ainda na Idade Média), na mesma medida em que se caminhava para o absolutismo férreo dos Bourbons (em especial entre os séculos XVII e XVIII, com LOUIS XIV — “*le roi soleil*” —, LOUIS XV e LOUIS XVI): o **rei** havia de ser a fonte de toda a justiça (“*rex est fons omnimodi iustitiae*”), assim como toda justiça emanava do rei (e não do povo ou dos “iguais”). O soberano era, pois, o *único juiz* para o seu povo; e os homens que julgavam nos tribunais do reino não eram mais que *delegados* do poder real, de modo que as decisões judiciais jamais poderiam atentar contra a sua própria fonte de poder (o que significa que o rei era, no regime absolutista francês, *immune* a toda e qualquer jurisdição, ressalvada a divina). Nesse sentido, a evolução da organização judiciária francesa entre os séculos XIII e XVIII revela bem a concentração política de poderes e a subsequente redistribuição técnica de funções. Nos primeiros séculos, o rei exercia a sua jurisdição no tribunal real (“*curia regis*”), acercando-se com seus conselheiros e vassalos. Já entre os séculos XIV e XVIII, o Parlamento de Paris era a instituição central da jurisdição real, com as funções próprias de um tribunal de apelação; mas, conforme os grandes feudos fossem absorvidos pela Coroa e se conquistassem os novos territórios, a jurisdição se regionalizava por meio de parlamentos locais (Parlamento de Toulouse, em 1443; Parlamento de

disseising, i.e. the general issue, he might find himself defeated by a plea ‘amounting to the general issue’, and, therefore, going to the jury as a whole. But, by giving the plaintiff a ‘show’, or ‘colour’, i.e. by imagining a fictitious title for the plaintiff, specious, but inferior to his own, and asking the judgement of the Court upon it, **he avoided the general issue**. Naturally, the plaintiff, unwilling to have an inferior title thus ‘surmised’ or put upon him, replied with this real title; and thus **the question came before the Court as one of law**” (g.n.). Sobre a curiosa origem mitológica dos *Dialogues*, v. *op.cit.*, p.140. Hodiernamente, os sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica — em especial o norte-americano — admitem hipóteses bem mais sofisticadas de dispensa do “*trial by jury*” no processo civil, inclusive para *questões de fato*, baseadas essencialmente nas relações de força entre o **ônus de produção** das provas (“*evidences*”) e o **ônus de persuasão** dos jurados. Assim é que, no sistema federal norte-americano, quando a base de evidências do autor é frágil demais, insuficiente para que se exija razoavelmente um pronunciamento dos pares (“*reasonable jury*”), ou quando é, ao revés, contundente demais, permitindo a prolação imediata de sentença a seu favor, pode a parte interessada pedir o *julgamento como matéria de direito* (“*judgement as a matter of law*”), que, se deferido, dispensará, pela qualidade ou quantidade de provas (excepcional desincumbência do “*burden of production*”), o ônus de convencer os jurados (dispensabilidade do “*burden of persuasion*”), e, por consequência, o próprio “*trial by jury*”. Já em matéria processual penal, a instituição do júri é uma garantia constitucional expressa na Sexta Emenda (1791). Cf., por todos, Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure*, St. Paul, Thomson West Publishing Co., 2005, pp.88-94. Ademais, para a discussão das vantagens e desvantagens do sistema de júris (em comparação estatística com os julgamentos proferidos por juízes togados em “*no-jury trials*”), veja-se, na mesma obra, o excerto “*Are Juries Really That Bad?*” (*op.cit.*, p.87).

Grenoble, em 1450; Parlamento de Dijon, em 1477; Parlamento de Flandres, no século XVII; o de Dijon, o de Aix-en-Provence, o de Rouen, o de Rennes e outros tantos)⁷⁴⁷.

Da visão de que o poder de dizer o justo seria prerrogativa exclusiva do soberano, derivou a ideia de que cabia ao rei ou ao príncipe, em todo caso, dar a *palavra final* em qualquer matéria litigiosa levada aos tribunais do reino ou principado. Desenvolveu-se, assim, a noção de **recurso** e, por detrás dela, a de **direito de recurso** (ou, dir-se-ia hoje, a de direito ao *duplo grau de jurisdição*), como forma de *subalternizar* a jurisprudência à vontade do monarca. Vale notar que, sob o regime feudal, a inexistência de estruturas hierárquicas claras tinha *inviabilizado* a afirmação histórica dos institutos recursais, “*quase desconhecido[s] na Idade Média*”⁷⁴⁸. Com a centralização política do Estado moderno, entretanto, a autoridade das jurisdições superiores passou a fazer sentido orgânico. Assim é que, na França, os catorze parlamentos e os quatro conselhos soberanos adquiriram competência para julgar, em grau de recurso, toda a matéria decidida pelas jurisdições territoriais, com raras exceções; de modo semelhante, nas XVII Províncias dos Países Baixos, o Grande Conselho de Malines (“*Consilium Magnum*”), restabelecido em 1504, passou a julgar, em grau de recurso, todos os casos já decididos pelos conselhos de justiça locais (ressalvados aqueles apreciados pelos conselhos soberanos, porque esses tinham o beneplácito direto do monarca). Remonta, portanto, à formação do Estado moderno a concepção do **direito de recurso** como um corolário do **direito de defesa** (e, portanto, como uma dimensão do “*procedural due process*”). Já da sua jusfundamentalidade — que é duvidosa —, teremos de tratar com cautela, *infra* (§26º).

⁷⁴⁷ GILISSEN bem observa que, na França monárquica, os *parlamentos* originais eram instituições judiciárias, ao contrário da Inglaterra (e da grande maioria dos países, que lhe seguiram a tradição), em que o Parlamento é, desde o século XIV, a instituição representativa da vontade nacional (*Introdução...*, p.304, nota n. 105). Vale lembrar, porém, que, mesmo na Inglaterra — e, em geral, em todos os Estados constitucionais ocidentais —, reserva-se aos órgãos parlamentares alguma função judiciária, ainda que residual. No caso inglês, p. ex., foi a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) a dar a palavra final sobre a extradição do General PINOCHET, ex-presidente do Chile, pedida pelo Poder Judiciário espanhol (negando-a). No caso brasileiro, vejam-se os artigos 51, I, e 52, I, ambos da CRFB (após o juízo positivo de admissibilidade na Câmara dos Deputados, coube ao Senado Federal julgar o ex-presidente COLLOR DE MELO pelos crimes de responsabilidade que lhe foram imputados, condenando-o e cassando-lhe o mandato).

⁷⁴⁸ John Gilissen, *Introdução...*, p.394. Era também desconhecido, como instituto ou como “direito”, no sistema processual civil romano, o que demonstramos *supra* (tópicos 7.3.1 a 7.3.4).

Na mesma linha, os corpos judiciais da era moderna conheceram uma gradual **profissionalização** a partir do século XIII, e sobretudo entre os séculos XVI e XVIII (logo, em plena Idade Moderna). Originalmente, a justiça feudal era distribuída basicamente por *juízes populares*, sem formação técnico-jurídica. Bastava ao louvado pertencer ao grupo social que se submetia à jurisdição do respectivo tribunal: os vassalos, nos tribunais feudais; os possuidores tenenciais jurados, nos tribunais censuais; os membros da profissão, nos tribunais dos colégios profissionais ou das corporações de ofício; e assim sucessivamente. Entretanto, desde o século XIII, os tribunais passaram a contar com **juízes profissionais** (notadamente nas altas jurisdições reais e dos principados, mas também nos grandes escabinatos), que adquiriam sua formação jurídica nas universidades europeias⁷⁴⁹. No século XVI, praticamente todos os conselheiros judiciais do continente deviam ser licenciados em Direito; assim, *e.g.*, cite-se o caso do Parlamento de Paris, que tinha, no século XVIII, cerca de duzentos conselheiros e presidentes, todos com formação jurídica universitária. Surge aí, segundo GILISSEN, a figura do “juiz-jurista”, que contribuiria decisivamente para a romanização dos direitos nacionais⁷⁵⁰. cremos, porém, haver aí outros dois contributos para os pósteros: **(a)** a suposição de que a formação de corpos de juízes profissionais assegura decisões mais previsíveis e ortodoxas, sem grandes desvios em relação à vontade original do príncipe (ou do parlamento, por delegação daquele; ou da lei, por obra do último); e **(b)** o reconhecimento da **formação técnico-profissional** como uma garantia de soluções seguras, justas e conformes ao Direito. A primeira ideia ainda faz sentido em círculos positivistas, mas está em franco declínio. Já a derradeira contribuição informa grandemente os modelos judiciais contemporâneos, em especial nos países de tradição romano-germânica, nos quais o acesso aos quadros da magistratura pressupõe aprovação em rigorosos concursos de provas e títulos (mas, ainda assim, com exceções, como se vê, *p.ex.*, no instituto do tribunal de júri ou na figura dos juízes leigos⁷⁵¹).

⁷⁴⁹ Que, nos primórdios, ensinavam basicamente os direitos romano e canônico. Quem se formava em tais cursos era chamado de “*doctor utriusque iuris*” (= doutor em ambos os direitos). V. John Gilissen, *Introdução...*, pp.149 e 342-356.

⁷⁵⁰ Cf. John Gilissen, *Introdução...*, pp.390-391.

⁷⁵¹ Que ainda existem em inúmeros sistemas jurídicos nacionais. Para citar apenas três exemplos, pense-se nos *conseils de prod’hommes* franceses, nas representações classistas dos tribunais trabalhistas alemães e nos escabinatos militares brasileiros.

São também da era moderna as **sentenças de regulamentação**, que, proferidas por órgãos jurisdicionais, dimanavam efeitos próximos aos das leis (à semelhança do que seriam, no século XX, institutos como o das ações com eficácia “*erga omnes*”⁷⁵², o das súmulas ou “diretivas” vinculantes⁷⁵³ e, ainda, o do poder normativo da Justiça do Trabalho brasileira⁷⁵⁴). Infletiam, já naquela época, a máxima da adstrição dos efeitos da sentença às partes no processo (vejam-se, *e.g.*, o artigo 472 do CPC brasileiro ou os artigos 671º, I, e 673º do CPC português). Na França do século XVI, as sentenças de regulamentação eram proferidas pelos parlamentos ou pelos tribunais soberanos⁷⁵⁵ e tornavam-se obrigatórias “*erga omnes*”, assemelhando-se aos atos legislativos do reino. Eram publicadas em todos os domínios da Coroa e vinculavam a todos, cessando efeitos apenas “*si et quando*” o Conselho do Rei decidisse anulá-las. Geralmente tinham lugar nos processos que suscitavam novas questões jurídicas, de repercussão geral para todo o povo francês. Não raro, tais sentenças influenciaram a formação do próprio direito civil francês, como em relação à revogação de doação “*inter vivos*” com fundamento na superveniência de filho (Parlamento de Paris, 1551; Código Civil francês de 1804, artigo 960) e em relação à obrigação de caução imposta ao estrangeiro que desejasse demandar nos tribunais franceses (Parlamento de Paris, 1562; Código Civil francês de 1804, artigo 16)⁷⁵⁶.

⁷⁵² Como podem surtir, no Brasil, as ações civis públicas (Lei n. 7.347/85), as arguições de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.982/99) e as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (Lei n. 9.868/1999).

⁷⁵³ Vejam-se, no Brasil, o artigo 103-A da CRFB, na redação da EC n. 45/2008, e a Lei n. 11.417/2006 (= súmulas vinculantes); em Portugal, os chamados “assentos” (artigo 2º do Código Civil, revogado pelo DL n. 329-A/95, de 12 de dezembro); e, nos países da Europa oriental, “*o poder [das cortes supremas] de emanar ‘diretivas’ gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto*” (Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.81). CAPPELLETTI refere, ainda, os **poderes de regulação processual** e os “*obiter dicta*” (que “*por definição ultrapassam o pedido da parte e não são necessários para a decisão do caso concreto*”), ambos dos tribunais superiores dos países de “*common law*”; e, bem assim, os “**pareceres**” emitidos por tribunais superiores do Canadá, da Índia, da Suécia, da Finlândia e de cerca de uma dezena entre os cinquenta estados norte-americanos. Em todos esses casos, observa que tais tribunais já não estariam exercendo competências propriamente judiciárias, mas legislativas ou administrativas (*idem*, p.80).

⁷⁵⁴ V. artigo 114, §§ 2º e 3º, da CRFB, já na redação da EC n. 45/2004. As chamadas “sentenças normativas” dispõem para o futuro, regulam “*ex novo*” as relações de trabalho e alcançam indistintamente todos os membros das categorias profissional e econômica na base territorial para a qual for prolatada.

⁷⁵⁵ Ditos tribunais “*présidiaux*”, criados por HENRY II em 1552.

⁷⁵⁶ John Gilissen, *Introdução...*, p.394.

Ademais, por caber ao juiz ser a mera boca do soberano (ou da *lei*, como quis MONTESQUIEU: “*la bouche de la loi*”), a **fundamentação judicial** — vista, hoje, como uma garantia do processo na grande maioria dos países ocidentais⁷⁵⁷ (e que, vimos, deita raízes na “*cognitio extraordinaria*” romana (*supra*, tópico 7.3.4, II) — não adquiriu grande importância, senão no limiar da era contemporânea. Manteve-se, até o século XVIII, a tradição herdada dos tribunais medievais, que não fundamentavam decisões ou, se emitiam fundamentos, não os documentavam (até porque, viu-se, os atos processuais em geral não eram escritos, em especial na Alta Idade Média, com a exceção feita aos processos canônicos). Com efeito, até o século XIII, os julgamentos perante tribunais laicos quase nunca eram reduzidos a escrito; a partir de então, iniciou-se uma praxe de registrá-los e conservá-los em arquivos (*supra*, tópico 8.3., IV). Mesmo nesses registros, porém, não se encontravam fundamentos jurídicos: registravam-se tão só os nomes das partes litigantes, o objeto e a composição do litígio e, por vezes, os resultados das investigações ou os argumentos das partes; não, porém, a “*ratio decidendi*” do julgador. Bem ao revés, aliás, editaram-se diplomas que, desde pelo menos 1344, proibiam os membros dos parlamentos e dos conselhos de dar a conhecer as razões de suas decisões, sob pena de violarem o “segredo da decisão”⁷⁵⁸. Em alguns países, vedava-se até mesmo a publicação das sentenças, com ou sem motivação, se não houvesse expressa autorização dos tribunais (França e Países Baixos austríacos). Não se aprofundou, portanto, a percepção pública do *direito de informação* como uma garantia geral da pessoa perante o processo (ideia que já vinha da “*cognitio extraordinaria*” romana — *supra*, tópico 7.3.4, III). O que se explica — outra vez — pela ideologia do tempo:

“As razões desta hostilidade quanto à fundamentação das decisões judiciais são múltiplas. Os tribunais são soberanos e decidem por delegação do príncipe; não têm pois que justificar a sua decisão. Aliás, toda a fundamentação favoreceria um alargado litígio. As jurisdições subalternas podiam ser convidadas a dar a

⁷⁵⁷ Veja-se, e.g., o artigo 93, IX, da CRFB, que justifica o artigo 458, II, do respectivo CPC; o artigo 205º, 1, da CRP (ressalvando as “*decisões de mero expediente*”), que respalda o artigo 659º, 2, do respectivo CPC; o artigo 120, 3, da Constituição espanhola; e assim por diante.

⁷⁵⁸ John Gilissen, *Introdução...*, p.395. O autor refere os casos do Parlamento de Paris (aparentemente) e do Grande Conselho de Malines (Países Baixos), cujo ato de estilo de 1559, em seu artigo 4º, proibía os conselheiros de “*revelar os segredos do tribunal*”.

conhecer os seus fundamentos em caso de recurso, mas isso era raro”⁷⁵⁹.

Somente no século XVIII, já sob os afluxos que fariam eclodir as revoluções liberais, alguns países europeus impuseram aos tribunais o dever de motivação dos julgamentos judiciais. Tal se deu em Portugal, na Itália, em alguns *Länder* alemães e na própria França, com o edito de 8 de maio de 1788 (sobre a necessidade de as sentenças criminais enumerarem e qualificarem os crimes e delitos imputados ao réu), às vésperas da Revolução Francesa. Já nos oitocentos (século XIX), a garantia de motivação das sentenças ganharia as leis e as constituições europeias (cf., e.g., a lei francesa de 20 de agosto de 1810 e a Constituição belga de 1831).

No **campo do pensamento jurídico**, por outro turno, deu-se uma *inversão* do modo de se pensar o processo de revelação do Direito (sobretudo em razão do Renascimento cultural do início da Idade Moderna). Se no medievo o direito objetivo tinha bases transcendentais (= divinas) e marcava o ponto de partida de todo esforço de compreensão jurídica, na Idade Moderna o *indivíduo* passa a ser o dado primordial, pensando-se a problemática jurídica a partir da perspectiva dos *direitos subjetivos*, para a partir deles construir ou descobrir o edifício jurídico-positivo⁷⁶⁰. Refletiu-se, pois, no pensamento jurídico, a mesma viragem epistemológica que o Renascimento carrou aos demais espaços da sociabilidade humana: a substituição de uma visão de mundo *teocentrista* por uma visão *antropocentrista*, frequentemente imbuída de elementos oriundos do helenismo. Essa viragem obviamente trouxe consigo uma restauração *racionalista*. E, sob tal restauração, o Direito seria dominado, entre os séculos XVI e XVIII (e sobretudo nos séculos XVII e XVIII), pelo que se convencionou denominar de **escola do direito natural**⁷⁶¹, ante a ideia comum subjacente de que haveria um rol de direitos *inerentes* à própria condição ou natureza humana (e que — afirmou o holandês GROTIUS⁷⁶² — seria assim ainda que, por

⁷⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁶⁰ Cf., nesse sentido, Miguel Reale, *Filosofia...*, p.646 (reconhecendo, embora, haver nessa comparação certa “impropriedade nos termos”: empregam-se, com efeito, noções da ciência jurídica contemporânea).

⁷⁶¹ Expressão **ambígua**, segundo REALE, porque designa “um movimento que ocupa mais de três séculos na história do Ocidente [...], abrangendo um número imenso de pensadores, inclusive alguns dos maiores espíritos da chamada civilização burguesa” (*idem*, p.645).

⁷⁶² *In verbis*: “Est autem jus naturale adeo immutabile ut ne a Deo quidem mutari queat [...] Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidem potest effici ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est,

hipótese, Deus não existisse). Lançavam-se as bases para a teoria contemporânea dos direitos humanos.

É fato que já havia uma ideia de direito natural entre os gregos, os romanos (= “*ius gentium*”) e os medievais (= direito natural divino). Mas a característica da “nova” escola do direito natural foi justamente a sua natureza laica, liberta dos pressupostos transcendentais da Escolástica, e a sua inspiração racionalista (= “*Vernunftrecht*”). E, uma vez que os próprios reis não poderiam se opor à razão universal, encontrava-se aí a brecha para resistir aos arbútrios dos reis, mesmo em ambientes de severo absolutismo (e por isso mesmo o seu estudo não foi estimulada na França absolutista — que ainda alimentava a tese medieval do direito divino do rei — ou nos Países Baixos sob domínio espanhol). Não raro, essa “razão humana universal” era buscada na Antiguidade clássica e, muito particularmente, no Direito Romano (a “*ratio scripta*”, segundo o civilista francês seiscentista JEAN DOMAT). Mas, pelo caminho que fosse, uma vez reconhecida como tal, a “norma de razão” não poderia ser contrariada sequer pelo soberano; tanto menos pelos juízes, que perfaziam “*longa manus*” do monarca e não poderiam fazer frente às descobertas da boa razão — afinal, não seria sequer “Direito” aquilo que contrariasse a ordem natural das coisas⁷⁶³. Nesses termos, os padrões vigentes da “razão humana universal” (geralmente a “*ratio scripta*” romana) amiúde representaram, no plano da elucubração jurídica e do próprio pensamento crítico, grilhões estreitos ao exercício da criatividade jurisprudencial.

Com tudo isso, foram severamente amputadas as potencialidades criadoras da atividade jurisdicional, calando-se a voz do Direito construído na perspectiva da pessoa humana concretamente considerada, “*in se*” e em seu meio. As concepções do justo, positivadas pelo Estado-juiz sob o pálio da legitimidade formal (“*ex auctoritate*”), cerraram vistas aos caminhos do progresso social e às queixas dos grupos organizados⁷⁶⁴.

malum non sit” (Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Lausanne, 1751, L. I, C. I, p.10, *apud* Miguel Reale, *Filosofia...*, p.644, nota n. 01).

⁷⁶³ Oliveira Ascensão, *O Direito*, p.211.

⁷⁶⁴ É claro que, numa visão mais abrangente do que seja o *direito natural*, essas realidades (a social e a individual-concreta) poderiam ter sido alcançadas; mas, naquele contexto histórico, não foram. Hoje em dia, alguns autores ensaiam a construção conceitual de um “novo” direito natural, sintonizado com tais realidades

Afinal, bem disse BOBBIO que “*o poder autocrático dificulta o conhecimento da sociedade*”⁷⁶⁵ — o que explica bem os tacanhos caminhos da jurisprudência sobre liberdades públicas nos primeiros séculos do Estado moderno.

IV. Por outro lado, nas ondas do segundo movimento (= roboração das garantias da pessoa), *consolidou-se* a concepção do súdito como sujeito de direitos e como titular de uma esfera de liberdades oponível ao próprio Estado (inclusive naqueles países onde campeou anos a fio o absolutismo). JELLINEK chega a supor que essa concepção de direitos e liberdades não teria deitado raízes no Ocidente sem os dualismos medievais (rei-povo, Estado-Igreja) e a sua consequente recomposição sob as luzes do Estado moderno⁷⁶⁶. A ideia mesma de *constituição escrita*, a assegurar abstratamente os direitos de liberdade, seria tributária desse istmo nomo-axiológico, pois

“o mundo antigo e as nações civilizadas do Oriente que não sofreram o influxo europeu não tiveram jamais a ideia de uma constituição escrita. É que essa descansa precisamente sobre um pensamento que só pôde nascer no Estado dualista [rei-povo] e representa a garantia dos direitos que ambas as partes se oferecem; é dizer, é como um contrato de paz conseguido depois de longa luta. Esses pressupostos históricos das constituições escritas já não estão vivos na consciência atual; mas continuam sempre influenciando, bem quando se exige uma constituição, bem quando se trata de redigir um projeto, pois então se recorre à ideia de que os direitos e deveres dos governos e o campo de sua ação com respeito ao outro elemento do Estado, o povo, deve ser precisado com clareza”⁷⁶⁷.

— como parece ser o caso, em Portugal, de OLIVEIRA ASCENSÃO. *In verbis*: “Assim, o Direito natural corresponderá à essência da ‘natureza’ física, pois também se apoia na ordem da necessidade, ou ao menos está em consonância com ela. Mas corresponde antes de mais à natureza da sociedade, fenómeno cultural, e do homem como elemento primário da sociedade. Quando se fala em Direito natural apela-se para uma ordem que está na essência (natureza) desses seres” (Oliveira Ascensão, *O Direito*, p.203).

⁷⁶⁵ Bobbio, *Teoria Geral...*, p.392. E complementa o autor: “*o poder democrático, ao contrário, enquanto exercido pelo conjunto dos indivíduos aos quais uma das principais regras do regime democrático atribui o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, o exige [o conhecimento da sociedade]*”.

⁷⁶⁶ O autor cita, como exemplos de Estados posteriormente formados, que desconhecera total ou parcialmente os dualismos entre príncipe e povo e entre Igreja e Estado, o antigo Império Bizantino e o Estado russo, que “*não reconheceram de modo expresso os limites entre o Estado e o indivíduo*” (Jellinek, *Teoría General...*, p.316). Vale lembrar que a primeira edição alemã do *Allgemeine Staatslehre* é de 1900 (a tradução aqui utilizada corresponde à 2ª edição alemã, de 1911); logo, bem *anterior* à revolução bolchevique (1917) e a tudo o que ela representou, para a Rússia, em termos de cerceamento de liberdades e direitos individuais da pessoa. Diria talvez aquele mais impressionável que o diagnóstico de JELLINEK foi, afinal, um profético prognóstico...

⁷⁶⁷ Jellinek, *Teoría General...*, p.317.

E, sobre o específico caso inglês, aduz:

“É digno de se observar que o Estado que primeiro e mais fundamentalmente venceu o dualismo entre *rex* e *regnum*, a **Inglaterra**, não possui — e nisto é igual aos Estados da Antiguidade [vide, *supra*, o § 7º] — nenhuma constituição no sentido moderno da palavra e, nada obstante, neste Estado se conservou viva até hoje a recordação da obra de pacificação levada a cabo pelo rei e o parlamento mediante a **admirável continuidade histórica da evolução que começa com o pacto da Carta Magna**, acordado entre os barões e o rei, e chega até a atual constituição do parlamento”⁷⁶⁸.

Decorre disso que, por evidente, a cláusula do “*due process of law*” — com todos os conteúdos lentamente adquiridos no curso da Idade Média (*supra*, tópico 8.4) — não poderia ter sido relegada ao esquecimento, como de fato não foi. Tampouco houve avanços impetuosos ou aquisições semânticas revolucionárias. Mas por certo houve sofisticacões, para não dizer desdobramentos; e todas se deram na pátria-mãe da *Magna Charta* de 1215.

É o que passamos a examinar.

9.2. DEVIDO PROCESSO NA INGLATERRA ISABELINA

9.2.1. O DEVIDO PROCESSO NA *PETITION OF RIGHTS* DE 1628

I. A história do “*due process of law*” na Inglaterra não termina com a Idade Média, após o “*nomen iuris*” atribuído pela carta reeditada em 1354 (EDWARD III). Continua por toda a Idade Moderna, até chegar à contemporaneidade — e às Américas — por intermédio da ex-colônia.

No ano de 1628, CHARLES I, dos Stuart, outorgou aos súditos ingleses mais uma importante declaração de direitos, hoje conhecida como *Petition of Rights*, novamente destinada a garantir direitos e liberdades individuais. O devido processo legal outra vez foi

⁷⁶⁸ *Idem, ibidem* (g.n.).

contemplado. Mas, antes de examinar o conteúdo da cláusula, é relevante compreender o contexto histórico daquela outorga⁷⁶⁹.

II. Entre os séculos XVI e XVII medrou forte absolutismo na Inglaterra. Até o início do século XVII, o Parlamento inglês — instituição que surgira ainda no século XI, a partir da assembleia feudal introduzida por WILLIAM THE CONQUEROR⁷⁷⁰ — não era um órgão político permanente; tinha funções menores (aconselhamento, recolhimento de impostos) e podia ser facilmente dissolvido pelo rei. No que dizia respeito à asseguuração ou à positivação dos direitos dos súditos, o Parlamento podia encaminhar ao rei avisos reivindicatórios, que ganharam o nome de “*bill of rights*”; mas o rei a eles não se vinculava, nem tinha o dever de segui-los, a não ser que os chancelasse com o selo real⁷⁷¹.

No primeiro quartel dos seiscentos, um terço dos parlamentares ingleses era de puritanos. No entanto, em 1625, CHARLES I casou-se com a princesa HENRIETTE MARIE, francesa católica, o que desagradou aquela minoria. Também os desagradava a participação da Inglaterra em guerras europeias, especialmente as ligadas às cruzadas católicas. Em uma dessas guerras, CHARLES enviou seu favorito, GEORGE VILLIERS, o primeiro duque de Buckingham. Alimentando forte desconfiança entre os parlamentares, VILLIERS foi destituído das funções de comandante militar do reino, pelo Parlamento, após o seu malogro em França. CHARLES I considerou tal destituição uma afronta pessoal e dissolveu o Parlamento, julgando-o “incompetente”.

⁷⁶⁹ Para o esboço histórico que se segue, cf., por todos, William L. Langer, *An Encyclopedia of World History*, Boston, Houghton Mifflin, 1968, *passim*.

⁷⁷⁰ Sob inspiração do *Witan* anglo-saxão, que congregava em conselho os reis anglo-saxões no século I (assim, p. ex., sob a liderança do rei EGBERT, em 829). No entanto, a palavra “*Parliament*” é empregada pela primeira vez no reinado de HENRY III, já após a morte de JOHN THE LACKLAND e a própria *Magna Charta*. Pode-se reconhecer ainda hoje um resquício do *Witan* na estrutura parlamentar britânica, na medida em que, ao menos teoricamente, o Parlamento inglês não é constituído por dois, mas por três elementos: a *House of Lords*, a *House of Commons* e a própria Coroa (*the Crown*).

⁷⁷¹ De certo modo, essa tradição chega aos dias de hoje por meio da dicotomia entre “*acts*” e “*bills*”, bem conhecida do direito inglês (e que, mal comparando, corresponderia, nos sistemas de raiz romano-germânica, à dicotomia entre *lei* e *projeto de lei*). Um “*bill*” é uma proposta legislativa, mas não um ato do Parlamento; torna-se um somente quando for aprovado pelas duas casas do Parlamento inglês (*House of Lords* e *House of Commons*) e obtiver o formal assentimento da Coroa (“*royal assent*”); a partir de então, passa a ter força de lei. Assim, há hoje em tramitação, no Parlamento britânico, o *Child Poverty Bill*, o *Coroners and Justice Bill*, o *Autism Bill*, etc. Cf., por todos, http://www.parliament.uk/about/how/publications/bills_acts.cfm (acesso em 11.07.2009).

Em 1628, reuniu-se um novo Parlamento. Era já o terceiro sob o reinado de CHARLES I. Entre os parlamentares estava OLIVER CROMWELL. Sob essa nova composição, no primeiro semestre, os parlamentares encaminharam ao rei CHARLES um “*bill of rights*” (= petição de direitos), que receberia o selo real no mês de junho. Entre os seis inspiradores, Era a “*Petition of Rights*” de 1628, que teve, entre seus principais fautores, Sir JOHN ELIOT (parlamentar que pouco depois seria preso por não pagar o “*ship money*”) e o próprio Sir EDWARD COKE (à época, proeminente parlamentar adversário da Coroa).

Na “*Petition of Rights*”, o Parlamento conseguiu obter do rei, entre outras, garantias quanto ao fim das detenções arbitrárias (que CHARLES vinha praticando sistematicamente contra os seus opositores⁷⁷²), quanto à proibição do aboletamento de militares em casas privadas⁷⁷³, quanto à proibição de atos e procedimentos de lei marcial em tempo de paz⁷⁷⁴ e quanto à observância do princípio “*no taxation without representation*” (que, viu-se, vinha já da *Magna Charta* de 1215 — *supra*, tópico 8.2.4, V)⁷⁷⁵.

⁷⁷² “Nevertheless, against the tenor of the said statutes, and other the good laws and statutes of your realm to that end provided, divers of yours subjects have of late been imprisoned without any cause showed; and when for their deliverance they were brought before your justices by your Majesty’s writs of habeas corpus, there to undergo and receive as the court should order, and their keepers commanded to certify the causes of their detainer, no cause was certified, but that they were detained by your Majesty’s special command, signified by the lords of your Privy Council, and yet were returned back to several prisons, without being charged with anything to which they might make answers according to the law” (*Petition of Rights*, V).

⁷⁷³ “And whereas of late great companies of soldiers and mariners have been dispersed into divers counties of the realm, and the inhabitants against their wills have been compelled to receive them into their houses, and there to suffer them to sojourn against the laws and customs of this realm, and to the great grievance and vexation of the people” (*Petition of Rights*, VI).

⁷⁷⁴ “[...] and whereas no offender of what kind so ever is exempted from the proceedings to be used, and punishments to be inflicted by the laws and statutes of this your realm; nevertheless of late time divers commissions under your Majesty’s great seal have issued forth, by which certain proceed within the land, according to the justice of martial law, against such soldiers or mariners, or other dissolute persons joining with them, as should commit any murder, robbery, felony, mutiny, or other outrage or misdemeanour whatsoever, and by such summary course and order as is agreeable to martial law, and is used in armies in time of war, to proceed to the trial and condemnation of such offenders, and them to cause to be executed and put to death according to the law martial. [...] By pretext whereof some of your Majesty’s subjects have been by some of the said commissioners put to death, when and where, if by the laws and statutes of the land they had deserved death, by the same laws and statutes also they might, and by no other ought to have been judged and executed” (*Petition of Rights*, VII [parcial] e VIII).

⁷⁷⁵ “[...] by which statutes before mentioned, and other the good laws and statutes of this realm, your subjects have inherited this freedom, that they should not be compelled to contribute to any tax, tillage, aid, or other like charge not set by common consent, in parliament” (*Petition of Rights*, I).

Todavia, ávido por receitas (necessárias para as sucessivas guerras em que se metia), CHARLES buscou outros caminhos para majorar os níveis de tributação. Nesse sentido, tentou estender a cobrança do “*ship money*” (imposto sobre a propriedade de embarcações) à totalidade dos portos do país; mas o Parlamento não aprovou a extensão. Em represália, CHARLES mandou prender nove parlamentares (entre os quais ELIOT) pelo não pagamento do tributo. Com isso, o rei escoriava duas das principais cláusulas da “*Petition of Rights*”, apenas alguns meses após cancelá-las. Houve uma indignação geral.

Na década subsequente, CHARLES I governou sem parlamento, o que se revelou desastroso. Nesse período, aliou-se ao então arcebispo de Canterbury, WILLIAM LAUD, no propósito de reformar os ritos da Igreja da Inglaterra, tornando-a mais pomposa e cerimoniosa, e de introduzir um livro comum de orações para Inglaterra e Escócia, premeditando a unificação política. Tais movimentos foram interpretados como tentativas de reintroduzir o catolicismo em uma Inglaterra protestante. Em 1637, BASTWICK, BURTON e PRYNNE tiveram suas orelhas cortadas por escreverem panfletos contra as ideias de LAUD (o que demonstrou a ascendência do rei sobre as cortes e causou comoção entre os súditos, pois tal pena era incomum para homens do nível social dos réus). E, entre 1639 e 1640, deflagrou-se a primeira “guerra dos bispos”, entre Inglaterra e Escócia, porque os escoceses repudiaram a unificação religiosa e expulsaram os bispos das igrejas escocesas. CHARLES I saiu derrotado e humilhado, assumindo o compromisso de não interferir na religião da Escócia e de pagar reparações de guerra.

A essa altura, já havia rebeliões no norte da Inglaterra. O rei sentiu a necessidade de convocar um novo parlamento (o quarto de seu reinado), não só para refrear os rebeldes, como também para conseguir fundos (já que não poderia tributar sem a aprovação parlamentar). Convocou-o em 1640. Outra vez os parlamentares se recusaram a aprovar novos tributos; e outra vez houve a dissolução do Parlamento (donde ter merecido, dos historiadores, a alcunha de “*curto Parlamento*”). Houve ainda, no mesmo ano, a segunda “guerra dos bispos”, outra vez perdida por CHARLES.

Ainda em novembro de 1640, o rei convocou o seu quinto parlamento (conhecido como “*o Longo Parlamento*”). Desta vez, os parlamentares se anteciparam e votaram leis estorvando a dissolução do Parlamento pela Coroa e estabelecendo níveis de controle sobre os seus ministros. Eram os primeiros raios aurorais da monarquia parlamentarista britânica, em que o governo é confiado ao Parlamento (via Primeiro-Ministro) e não à Coroa.

Na sequência, as relações entre a Coroa e o Parlamento deterioraram-se em definitivo. O Parlamento reuniu as tropas lideradas por ROBERT DEVEREUX, terceiro conde de Essex, posicionando-as contra CHARLES. Eclodiu a *primeira guerra civil inglesa*, travada entre os monarquistas partidários de CHARLES I e os alinhados com o Parlamento (inclusa a *Royal Navy*), esses últimos sob a liderança militar de OLIVER CROMWELL. Derrotado, o rei buscou refúgio na Escócia, no ano de 1646. Era o fim da primeira guerra civil. Mas os militares, insatisfeitos com as condições de desmobilização ordenadas pelo Parlamento e com os soldos em atraso, marcharam para Londres em 1647, permitindo que CHARLES I negociasse com os escoceses, sob a promessa de uma nova reforma religiosa, e criasse condições para a deflagração da *segunda guerra civil inglesa*, que começaria e terminaria em 1648, com a derradeira capitulação do monarca. Supõe-se que quinze por cento da população inglesa tenham morrido durante todos esses conflitos.

CHARLES I foi considerado traidor pelo levante de 1648. Seu trono foi usurpado por OLIVER CROMWELL em 1649, seguindo-se a instituição do *Commonwealth of England* (sob forma republicana de governo), a execução de CHARLES I (julgado pelo Parlamento, condenado à morte e decapitado) e a autoproclamação de CROMWELL como “*Lord Protector*” da Inglaterra (1653), protagonizando forte ditadura militar entre 1653 e 1659. Nesse interregno republicano (de 1649 a 1660)⁷⁷⁶, que representou um hiato no regime monárquico inglês (e o fim do seu absolutismo), não houve qualquer declaração de direitos.

⁷⁷⁶ Também conhecido como “*English Interregnum*”: republicano “*tout court*” (= “*de facto republic*”), mas com características de ditadura entre 1653 e 1659.

No ano de 1660, após sucessivas sublevações militares e já morto OLIVER CROMWELL (03.09.1658)⁷⁷⁷, restabelecem-se as monarquias inglesa, escocesa e irlandesa (1660), com a dissolução do *commonwealth* e a divulgação da *Declaração de Breda* (14.04.1660), por CHARLES II (filho de CHARLES I), proclamando a anistia geral, assegurando a liberdade de consciência e confirmando a posse das propriedades confiscadas aos seus detentores reais. Em 08.05.1660, CHARLES II foi oficialmente proclamado rei pelo novo Parlamento inglês, com efeitos retroativos a 1649 (ano da execução de seu pai), entrando em Londres no dia 29.05.1660, com 30 anos de idade. Era a chamada **restauração**. Desde então, considera-se a Inglaterra uma monarquia parlamentar constitucional, com estrita separação entre a chefia de governo e a chefia de estado.

III. Volvendo à “*Petition of Rights*” de 1628, importa examinar o que ali se dispôs acerca da garantia do devido processo legal. Em seu texto, nas cláusulas 3^a e 4^a, pode-se ler o seguinte:

“**III.** And whereas also by the statute called ‘The Great Charter of the Liberties of England’, it is the clared and enacted that no freeman may be taken or imprisoned or be disseized of his freehold or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land.

“**IV.** And in the eight-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it was declared and enacted by authority of parliament, that no men, of what state or condition that he be, should be put out of his land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law”.

Logo adiante, na cláusula 7^a (1^a parte), lê-se ainda o seguinte:

“And whereas also by authority of parliament, in the five-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it is declared and enacted, that no man shall be forejudged of life or limb against the form of the Great Charter and the law of the land; and by the said Great Charter and other the laws and statutes of this your realm, no man ought to be adjudged to death but by the laws established in this your realm, either by the customs of the same realm, or by acts of parliament”

⁷⁷⁷ Morto por malária ou envenenamento (não se sabe ao certo), foi sucedido por seu filho RICHARD CROMWELL, que abdicaria formalmente em 1659.

Desses excertos, se cotejados com as duas principais redações anteriores (a saber, a da *Magna Charta* de 1215 e a de sua reedição em 1354), podem-se extrair quatro conclusões nodais. Vejamo-las.

(1) A evolução semântica que a cláusula do devido processo legal conheceu entre a primeira edição da *Magna Charta Libertatum* e a sua reedição sob o rei EDWARD III — no sentido da *universalização* da garantia do devido processo em prol de qualquer do povo (cf., *supra*, tópico 8.2.4, VII) — foi **ratificada** pelas cláusulas 3^a e 4^a da *Petition of Rights*: a primeira refere o texto original da *Magna Charta* (“*no freemen*”) e, na sequência, a segunda recorda o texto do rei EDWARD III (“*no man, of what estate or condition that he be*”), revalidando o estágio final da garantia, com a indistinção tuitiva sob o pálio da locução “*due process of law*”. Com efeito,

“Neste largo período, as liberdades enunciadas nessas Cartas sofrem uma profunda metamorfose. De liberdades estamentais, é dizer, de princípios delimitadores do *status* social, jurídico e político da pessoa em regime de Direito privado, passam a ser liberdades gerais no plano do Direito público. É certo que a maior parte desses documentos proclamam sua vinculação aos que os precederam, e se apresentam como mera repetição ou restauração de antigos direitos e liberdades; nada obstante, seu conteúdo registrava uma **notável ampliação das liberdades reconhecidas, estendendo-se sua titularidade desde o estrito círculo nobiliárquico a todos os cidadãos ingleses**”⁷⁷⁸.

(2) A *Petition of Rights* conferiu uma intelecção mais sofisticada à noção de “[don’t] *be forejudged of life or limb against the form of the Great Charter and the law of the land*”, carreando à cláusula, na dimensão processual (*procedural due process*), a ideia de **vedação de julgamentos por tribunais de exceção** (como eram, na espécie, os tribunais marciais que CHARLES I instituíra ao sabor da casuística), seja para favorecer (cláusula 9^a), seja para prejudicar (cláusula 8^a);

(3) A *Petition of Rights* também distinguiu melhor as duas manifestações diacríticas da garantia do devido processo (tópico 8.2.5, IV), extremando textualmente, na cláusula 7^a,

⁷⁷⁸ Perez Luño, *Los Derechos...*, pp.34-35 (g.n.).

as questões de **forma** (= “*the form of the Great Charter*”) das questões de **fundo** (= “*and the law of the land*”), de modo que, no plano das aplicações concretizadoras, essas duas dimensões não mais se confundissem;

(4) A cláusula 9^a da *Petition of Rights* registrou, lado a lado, as expressões “direitos” e “liberdades” (“*their rights and liberties*”), prelibando um *conceito* de direitos civis que os monumentos jurídicos modernos posteriores — em especial os setecentistas — consagrariam (= **direitos-liberdades**) e que seriam designados, no século XX, como **direitos humanos de primeira geração** (ou **dimensão**)⁷⁷⁹.

9.2.2. O DEVIDO PROCESSO NO *BILL OF RIGHTS* DE 1689⁷⁸⁰

I. Com a instalação de uma monarquia parlamentar constitucional (*supra*), as declarações de direitos já não eram mais obséquios do rei. Eram, antes, atos de soberania do Parlamento (conquanto exigissem — como ainda exigem — o “*royal assent*”). Foi assim, por um ato do Parlamento, que os ingleses foram contemplados, em dezembro de 1689, com “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Sucession of the Crown*”. Devido ao *Short Title Act* britânico de 1896, tal ato é hoje mais conhecido como a *Declaração de Direitos* da Inglaterra (ou, no idioma original, *English Bill of Rights*). Assim o denominaremos doravante.

⁷⁷⁹ Nesse preciso sentido, veja-se, no Brasil, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p.252. Já em Portugal, em sentido semelhante (quanto à primeira e à segunda geração), cf. Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp. 182-183: “A clivagem principal dos direitos fundamentais é, no entanto, indubitavelmente, no nosso direito constitucional, a que distingue os “direitos, liberdades e garantias” dos “direitos económicos, sociais e culturais”, que designaremos, abreviadamente, por “direitos sociais””. De se ver que a tripartição dos direitos humanos em *direitos de primeira, segunda e terceira geração* (autores há que admitam uma quarta e até uma quinta geração, como se dirá) **não coincide** com outra, muito comum, que distingue entre *direitos de defesa* (ou *liberdades*), *direitos a prestações* (ou *direitos a algo*) e *direitos de participação* (ou *competências*), como se encontra em VIEIRA DE ANDRADE (*op.cit.*, pp.178-182) e no próprio ALEXY (*Theorie...*, pp.171-223 — perfilhando as designações entre parênteses). Com efeito, a primeira classificação ignora o fenômeno da **positividade**, essencial à segunda (que, por isso mesmo, não classifica “direitos humanos”, mas “direitos fundamentais”); ademais, há direitos típicos de primeira geração — como, p.ex., o direito à participação política — que são usualmente incluídos entre as “competências” ou direitos de participação “*lato sensu*”.

⁷⁸⁰ Para a versão do *English Bill of Rights* utilizada neste tópico, cf. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp (acesso em 14.07.2009).

Mas o *Bill of Rights* só foi proclamado após a chamada *revolução gloriosa* inglesa, dentro do seu contexto sociocultural. Daí porque, outra vez, terá utilidade o intercuro histórico.

II. CHARLES II, conhecido como “*the Merrie Monharch*”, falecera em 06.02.1685 (convertido ao catolicismo em seu leito de morte). Sucedeu-o o seu tio JAMES, que assumiu o trono inglês como JAMES II (na Escócia, JAMES VII). Mas num tempo pouco auspicioso. Sob JAMES II, acirraram-se as disputas políticas entre católicos e protestantes na Inglaterra; e, na esteira daquelas, outra vez avolumou-se a tensão ínsita às disputas de poder entre o Parlamento e a Coroa. JAMES também era católico, o que chamava sobre si a mesma sorte de desconfianças que pesaram sobre CHARLES I (tópico 9.2.1, *supra*), com um sério fator de agravo: ao contrário de seu irmão CHARLES, que nisso era mais discreto, JAMES declarava-se abertamente católico. E os católicos vinham perdendo prestígio, poder e posição desde a reforma religiosa patrocinada por HENRY VIII (HENRIQUE VIII), que criou — ou “restaurou” — a Igreja Anglicana. Não bastasse, certos objetivos políticos de JAMES II — como o de criar um exército permanente para a Inglaterra (naquele tempo, os exércitos eram convocados conforme as necessidades estratégicas e bélicas do país) —, aliados a uma série de atos despóticos do rei, vinham desagradando o Parlamento.

Mas os ânimos não estavam mais alterados porque a maioria protestante via com bons olhos o futuro, já que o trono passaria para MARY, filha primeira de JAMES II, que professava a fé protestante. Em 1688, porém, nasceu JAMES FRANCIS EDWARD STUART (“*the old pretender*”), que seria criado sob a fé católica e representava um risco real de se iniciar uma nova dinastia católica entre os ingleses.

Diante disso, os líderes dos *tories* (a ala conservadora do Parlamento), que até então se alinhavam com o rei, aliaram-se aos rivais *whigs* (liberais) e planejaram a deposição de JAMES II, que seria sucedido pela sua filha, MARY, secundada por seu marido, o nobre holandês WILLIAM, príncipe de Orange (ou GUILHERME DE ORANGE, como é mais conhecido em língua portuguesa). À época, liderados por WILLIAM, os holandeses estavam em conflito com a França, combatendo numa guerra que viria a ser conhecida

como a “guerra da grande aliança” (ou “guerra dos nove anos”, ou ainda “guerra da liga de Augsburgo”). Vislumbrando a possibilidade de cerrar fileiras com os ingleses contra as forças francesas (e nisso consistiu, de fato, a “grande aliança”)⁷⁸¹, WILLIAM precipitou as movimentações contra JAMES II e desembarcou com suas tropas no dia 05.11.1688, em Brixham (Devon). O exército de JAMES desertou (donde se falar em “*revolução sem sangue*” ou “*revolução gloriosa*”), obrigando-o a fugir para a cidade de Kent; e ali o rei foi capturado. Permitiu-se-lhe, entretanto, que viajasse para a França, até mesmo porque a memória da execução de CHARLES I ainda causava comoção e mal-estar entre os ingleses.

Ato contínuo, o Parlamento inglês, reunido em fevereiro de 1689, publicitou o entendimento de que a fuga de JAMES II equivalia à abdicação do trono, oferecendo-o, por conseguinte, a WILLIAM e MARY, que deveriam assumir como governadores conjuntos. Afinal, a filha MARY estava na linha sucessória imediata e tinha plenas condições de assumir ao trono, ao contrário do irmão JAMES FRANCIS, há pouco nascido. O casal de pronto aceitou a oferta, que valeu a WILLIAM OF ORANGE a coroação como rei da Inglaterra, sob o nome de WILLIAM III (1650-1702). Havia, porém, que firmar garantias de duas ordens, no que o Parlamento não negligenciou: a uma, para a preservação dos direitos e das liberdades dos súditos, seguindo a tradição que vinha de 1215; a duas, para a indenidade futura das dinastias protestantes. Dessa caldeira de interesses nasceu o *Bill of Rights*.

III. Assim é que, em fevereiro de 1689, WILLIAM e MARY assumiram, perante os parlamentares, o compromisso formal de respeitar e garantir, tanto aos súditos do reino como aos seus *residentes permanentes*, uma série de direitos individuais que revisitavam as declarações de direitos anteriores, mas também inovavam em alguns aspectos.

⁷⁸¹ Observe-se que, na *Petition of Rights* de 1689, WILLIAM e MARY OF ORANGE foram declarados “*king and queen of England, France and Ireland*” (g.n.) — como, aliás, já vinha ocorrendo desde dois séculos antes, com todos os reis ingleses, apesar da beligerância francesa. Isso se explica porque, a 2 de junho de 1421, na catedral de Troyes, acordou-se que, após a morte de CHARLES VI de França, HENRY V da Inglaterra se tornaria o *rei da França*, por seu casamento com uma herdeira legítima do trono francês (no caso, CATHERINE DE VALOIS, filha de CHARLES VI com ISABELLE DE BAVARIA e irmã da esposa de PHILLIPE, o Bom). Assim, com o falecimento de CHARLES VI em 21.10.1422, HENRY VI — então com um ano de idade — tornou-se o detentor dos tronos da Inglaterra (que já ocupava desde os dez meses) e da França. Como regente, até a maioridade do rei, assumiu o Duque de Bedford, seu tio por parte de pai (irmão de HENRY V).

Posteriormente, no mês de dezembro do mesmo ano, o compromisso foi reduzido à forma “estatutária” (= “*statutory form*”), i.e., tomou a forma de declaração de direitos, em um documento denominado “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Sucession of the Crown*”, que as gerações posteriores conheceriam como *Bill of Rights*. Hodiernamente, considera-se que o *Bill of Rights* de 1689, ao lado da *Magna Charta* de 1215, do *Habeas Corpus Act* de 1679 e dos *Parliament Acts* de 1911 e de 1949, compõe a base documental da Constituição britânica (“*uncodified British constitution*”). Entende-se, outrossim, que o texto continua em pleno vigor, mais de três séculos depois.

O *Bill of Rights* garantiu ao povo (súditos e residentes permanentes), como direitos e liberdades civis e políticas *imutáveis*, os seguintes:

(a) a liberdade contra interferências reais na vigência e na aplicação do Direito — cláusula que, a rigor, agasalhava garantias de direito material (a Coroa prosseguia sendo formalmente a fonte de toda a justiça, mas o soberano já não poderia agir na condição de juiz, suspendendo unilateralmente as próprias leis ou a execução dessas leis)⁷⁸² e garantias de direito processual (a Coroa tampouco poderia criar novos tribunais ou comissões de julgamento sem a anuência do Parlamento, o que retomava a preocupação dos súditos em prevenir a instituição de tribunais de exceção, como já havia ocorrido ao tempo da *Petition of Rights* de 1628)⁷⁸³;

(b) a liberdade contra tributação por prerrogativa real — positivando-se, outra vez, o princípio “*no taxation without representation*”, de modo que a concordância do Parlamento prosseguia necessária para a instituição de novos tributos⁷⁸⁴;

⁷⁸² “[...] *That the pretend power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; That the pretend power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal [...]*”. Mais adiante: “[...] *and that for redress of all grievances, and for the amending, strengthening and preserving of the laws, Parliaments ought to be held frequently [...]*” (*Bill of Rights*, 1689).

⁷⁸³ “[...] *That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, or all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious [...]*” (*Bill of Rights*, 1689).

⁷⁸⁴ “[...] *That levying money for or to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time, or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal [...]*” (*Bill of Rights*, 1689). A associação das ideias de *legalidade/ilegalidade* e de *representação popular* na fixação de tributos, que o *Bill of Rights* já encaminhava, compõe a gênese mais próxima do **princípio da legalidade**

(c) o direito de petição ao monarca⁷⁸⁵;

(d) a liberdade contra a arbitrária mobilização de tropas em tempo de paz — assegurando-se que, fora do estado de guerra, o exército do reino não seria mobilizado contra a multidão ou assim mantido, nos territórios do reino, sem o beneplácito parlamentar⁷⁸⁶;

(e) a liberdade para que os protestantes portassem armas de defesa pessoal, como fosse apropriado para a sua classe e na forma da lei⁷⁸⁷;

(f) a liberdade de sufrágio parlamentar — garantindo-se eleições livres para o Parlamento, sem a interferência da Coroa⁷⁸⁸;

(g) a liberdade de discurso, de debates e de intervenções no Parlamento — no especial proveito dos parlamentares, que não poderiam ser impedidos de falar e nem tampouco ser questionados por seus votos e palavras, em qualquer corte ou local fora do Parlamento⁷⁸⁹;

tributária que a generalidade das legislações contemporâneas consagrou (no Brasil, *e.g.*, veja-se o artigo 150, I, da CRFB).

⁷⁸⁵ “[...] *That it is the right of this subject to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal [...]*” (*Bill of Rights*, 1689). O **direito de petição** exsurge ainda hoje como importante garantia constitucional (no Brasil, *e.g.*, veja-se o artigo 5º, XXXIV, “a”, da CRFB), merecendo, em todo caso, um esforço de interpretação histórica que reproduza as *condições originais* desse direito: não basta garantir a petição em si mesma, ou mesmo instituir o correspondente dever de resposta; é mister garantir também que o cidadão não seja *sancionado, prejudicado* ou *perseguido* pelo puro exercício daquele direito.

⁷⁸⁶ “[...] *That the raising or keeping a standing army within the kingdom in time of peace, unless it be with consent of Parliament, is against law [...]*” (*Bill of Rights*, 1689).

⁷⁸⁷ “[...] *That the subjects which are Protestants may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law [...]*” (*Bill of Rights*, 1689). A especificidade da norma — a contemplar apenas *protestantes* — deveu-se ao fato de que, segundo os “*consideranda*” do *Bill of Rights*, o direito de ter armas vinha sendo garantido apenas a súditos católicos: “*By causing several good subjects being Protestants to be disarmed at the same time when papists were both armed and employed contrary to law*” (*g.n.*). Veja-se, outrossim, que esse “direito de ter e portar armas” se trasladaria para as colônias norte-americanas, sendo hoje assegurado a todo cidadão pela própria Constituição dos Estados Unidos da América: “*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed*” (*Amendment II* [1791])).

⁷⁸⁸ “[...] *That election of members of Parliament ought to be free [...]*” (*Bill of Rights*, 1689).

⁷⁸⁹ “[...] *That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament [...]*” (*Bill of Rights*, 1689). Arranca daí o conceito contemporâneo de **imunidades parlamentares** (no Brasil, *e.g.*, veja-se o artigo 53, *caput* e §§ 2º, 3º e 8º — para senadores e deputados federais —, e o artigo 27, §1º — para deputados estaduais —, todos da CRFB);

(h) a vedação de penas cruéis ou incomuns e de fianças excessivas — no primeiro caso, um primeiro esboço do que seriam, nas constituições do século XX, os princípios da legalidade penal e da necessidade e proporcionalidade das penas⁷⁹⁰; e

(i) a liberdade contra multas e penas sem um julgamento justo⁷⁹¹.

Além disso, o *Bill of Rights* declarou a ilegalidade de certos atos régios editados por JAMES II e, bem assim, a natureza *abdicativa* que o Parlamento havia conferido à fuga do rei, que deixou o território britânico para se homiziar na França (*supra*). Ademais, como prelúdio ao *Act of Settlement* de 1701, o documento proibiu que católicos romanos ascendessem ao trono da Inglaterra, eis que

“it had been found by experience that i tis inconsistent with the safety and welfare of this Protestant Kingdom to be governed by a popish prince, or by any king or queen marrying a papist”⁷⁹².

Ulteriormente, WILLIAM OF ORANGE foi instado a afiançar formalmente, em seu juramento de coroação, que doravante se manteria protestante anglicano. E, quanto à sucessão, o *Bill of Rights* dispôs claramente que, após WILLIAM III e MARY II — ali declarados como sucessores legítimos de JAMES VII e II —, ascenderiam ao trono, nessa ordem, o primeiro herdeiro de MARY e WILLIAM, ou a irmã de MARY (ANNE OF DENMARK) e os respectivos herdeiros, ou, enfim, eventuais herdeiros de WILLIAM que adviessem de um novo casamento.

ou, na expressão inglesa, de **privilégio parlamentar** (“*parliamentary privilege*”), que já vinha do *Commonwealth Bill of Rights* (1688), anterior ao próprio *Bill of Rights*.

⁷⁹⁰ “[...] *That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* [...]” (*Bill of Rights*, 1689). Tal norma foi trasladada, com mínima variação (face à troca do verbo auxiliar “*to ought*” pelo equivalente “*to shall*”), para a Constituição dos Estados Unidos da América (*Amendment VIII* [1791]).

⁷⁹¹ “[...] *That all grants or promises of fines and forfeitures of particular persons before conviction are illegal and void*”. Voltaremos a isso adiante.

⁷⁹² Ademais, o texto repudiava solenemente, com letras fortes, todas as doutrinas medievais baseadas na supremacia do poder espiritual dos papas romanos: “*I, A.B., swear that I do from my heart abhor, detest and abjure as impious and heretical this damnable doctrine and position, that princes excommunicated or deprived by the Pope or any authority of the see of Rome may be deposed or murdered by their subjects or any other whatsoever*” (*Bill of Rights*, 1689 — *g.n.*). Procurava afastar, com isso, os riscos de contestações religiosas à legitimidade do reinado, tão comuns na Idade Média (para o caso inglês, veja-se o tópico 2.3.4, *supra* — em especial quanto às rusgas entre o rei JOHN THE LACKLAND e o papa INOCÊNCIO III).

Na Inglaterra, o *Bill of Rights* foi complementado pelo *Act of Settlement* de 1701, assim como, na Escócia, o seu similar escocês (o *Claim of Right Act*, passado em abril de 1689) foi complementado pelo *Act of Union* de 1707. Ambos os textos — o *Bill of Rights* e o *Claim of Right Act*, com os seus respectivos complementos — desempenharam papéis fundamentais na consolidação do conceito de *soberania parlamentar* britânica, na efetiva limitação dos poderes da Coroa (e, logo, na construção da ideia de *eficácia vertical* dos direitos civis) e, por fim, no estabelecimento definitivo de uma monarquia constitucional para todo o Reino Unido, apaziguando as tensões políticas e religiosas que convulsionaram Inglaterra, Escócia, Gales e Irlanda durante a maior parte do século XVII.

IV. Quanto ao devido processo legal, o *Bill of Rights* não voltou a repetir a expressão consagrada sob EDWARD III (“*due process of law*”), nem evocou a autoridade secular da *Magna Charta Libertatum*, como fizera a *Petition of Rights*. Entretanto, a seu modo, tanto cuidou da dimensão do “*substantive due process*” como da dimensão do “*procedural due process*”.

No campo material, garantiu-se a indenidade das leis da terra, protegendo-a contra os desmandos da Coroa. Uma vez posta a lei, não poderia ser suspensa, em sua vigência ou eficácia, pela autoridade do monarca; e mesmo a reparação de injustiças ou a emenda, o reforço ou a preservação das leis teria de passar pelo escrutínio do Parlamento. Construía-se paulatinamente o *princípio geral da legalidade* — que, nesse sentido, é irmão tardio do princípio da legalidade tributária (embora logicamente o preceda), a deitar raízes já na Carta de 1215 —, como mecanismo de garantia⁷⁹³ dos costumes imemoriais e, agora, dos próprios atos do Parlamento. Nos desenvolvimentos vindouros (sobretudo no século XX), a ideia de legalidade formal seria temperada com outros elementos, como o postulado da supremacia da Constituição e o princípio da proporcionalidade (= adequação + necessidade + proporcionalidade em sentido estrito), a revelar, no final, o conceito de **legalidade**

⁷⁹³ Por isso, a grande maioria dos autores compreende, hoje em dia, que o **princípio da legalidade** não consubstancia propriamente um direito, mas uma *garantia* dos cidadãos (i.e., um instrumento para a preservação de outros direitos). Cf., por todos, Mireille Delmas-Marty, Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 2002, p.20 (reconhecendo, sob a cláusula geral da legalidade, o princípio da legalidade penal, o princípio da necessidade e da proporcionalidade das penas, o princípio da irretroatividade da lei penal e o princípio da legalidade e da “convencionalidade” das medidas privativas e restritivas de liberdade — que, vimos, aparecessem também no *Bill of Rights* de 1689).

material⁷⁹⁴, muito próximo àquele de “*substantive process [ou course] of law*”, conforme a aplicação dos tribunais norte-americanos (cf., *infra*, tópico 10.1.5.3).

No campo processual, o *Bill of Rights* levou em consideração uma série de arbitrariedades que vinham sendo perpetradas por JAMES II, a saber: a perseguição judicial, em tribunais do reino (“*in the Court of King’s Bench*”), de súditos em geral — e, em especial, de parlamentares — por causas e questões de estrita alçada parlamentar (“*cognocizable only in Parliament*”), além de outros procedimentos arbitrários e ilegais (“*by divers other arbitrary and illegal courses*”); a convocação de homens parciais, corruptos ou desqualificados para servir como jurados em julgamentos de júri, notadamente naqueles destinados a julgar réus acusados da prática de crimes de alta traição — que eram, em geral, inimigos do rei —, para os quais se vinham convocando homens despossuídos (“*not freeholders*”)⁷⁹⁵; a fixação de fianças criminais em valores excessivos, como forma de elidir o benefício da liberdade provisória quanto as leis o permitiam; a imposição de multas em montantes escorchantes; a aplicação de penas cruéis e ilegais; e a aplicação ou ameaça de aplicação de multas e/ou penas contra súditos do reino, antes mesmo de qualquer condenação ou julgamento.

Para desautorizar semelhantes práticas e prevenir futuras reincidências, a Declaração de 1689 dispôs, no plano estritamente processual, que (a) não se exigiriam, no

⁷⁹⁴ A *legalidade material* aponta, em última análise, para um modelo de legalidade que respeite, nos conteúdos legais, as proibições e imposições trazidas pela Constituição para a garantia dos direitos fundamentais (v., p.ex., Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p.66). Parecendo incorporar o conceito ao Direito Administrativo (mas com certas distinções semânticas), confira-se, na jurisprudência portuguesa, STA, Rec. n. JSTA00057477, Ac. n. 048423, rel. MADEIRA DOS SANTOS, in <http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29188539> (acesso em 14.07.2009): “**I** – Em princípio, a legalidade material de um acto administrativo praticado no exercício de poderes vinculados afere-se de acordo com os pressupostos estabelecidos na lei, sendo irrelevante, para aquele efeito, que o acto tenha invocado um fundamento de direito que não suportava o seu sentido decisório. **II** – No entanto, nos casos da chamada discricionariedade imprópria, existe um momento de interpretação ou avaliação que só à Administração compete realizar, de modo que, omitida por ela essa actividade, o tribunal não pode substituir-se-lhe e afirmar que o acto praticado, embora baseado num fundamento ilegal, continuava conforme ao que a lei impunha”.

⁷⁹⁵ Na percepção da época, apenas proprietários (“*freeholders*”) deveriam julgar proprietários (porque eram eles, proprietários, os que geralmente sofriam processos criminais por crimes de alta traição, ante a sistemática oposição feita aos desígnios do rei). Houve, aqui, uma concessão que encontra raízes na *Magna Charta* de 1215 — que, afinal, predisponha o julgamento *pelos pares* (“*of his peers*”) —, mas também, e ainda antes, nos *tribunais feudais* da Idade Média (*supra*). Obviamente, é uma restrição que não faz qualquer sentido nos dias de hoje.

processo penal, fianças excessivamente altas (capazes de anular, na prática, as garantias de liberdade provisória do réu); e que **(b)** não se aplicariam multas ou penas antes da condenação formal, i.e., antes do devido processo legal procedimental e da consequente convicção judicial de culpa, o que pressupunha necessariamente o sorteio aleatório de jurados isentos de ânimos⁷⁹⁶. Constata-se, nesta altura, uma maior preocupação com o chamado **devido processo penal**, porque eram essas as principais aflições dos súditos ante as perseguições de JAIME II. Entreveem-se, porém, claras repercussões desses desdobramentos na noção geral de “*procedural due process*”: por um lado, a compreensão de que não bastam *procedimentos isentos* para se obterem julgamentos justos, havendo também a necessidade de *juízes isentos*, escolhidos aleatoriamente para cada caso (o que robusteceu, pelo texto da lei, os vínculos naturais entre as ideias de **juiz natural** — como garantia de um juiz previamente investido, competente e imparcial⁷⁹⁷ — e de **devido processo**); e, por outro, a clara percepção de que iniquidades procedimentais *afetam* direitos materiais (como nitidamente ocorria no caso das fianças arbitradas com excesso). Deu-se, pois, um passo — sutil, mas firme — em direção à apreensão das implicações recíprocas entre devido processo formal e substancial (que, a essa altura, ainda seguiam conceitualmente indiferenciados).

Daí não haver como desconectar, em essência, o *Bill of Rights* de 1689 da própria *Magna Charta* de 1215 (conquanto não haja, no texto daquele, nenhuma referência literal à última); ligam-se em espírito e significado, notadamente no que diz com a própria cláusula geral do devido processo legal. Diferem em perspectiva, é verdade, porque entre uma e outra declaração medeia a destruição do sistema medieval pelo absolutismo moderno, “*que afastou o rei do povo e provocou a necessidade de protecção das liberdades individuais*”⁷⁹⁸; mas, nada obstante, declarações conectadas. Aliás, não por outra razão, PEREZ LUÑO observou que

⁷⁹⁶ “That jurors ought to be **duly impaneled and returned**, and jurors which pass upon men in trials for high treason ought to be freeholders” (*Bill of Rights*, 1689 — g.n.).

⁷⁹⁷ Cf., por todos, Nery Jr., *Princípios...*, pp.97-98. No *Bill of Rights*, elastece-se a ideia do que sejam **juízos justos** em relação à pessoa e à condição do magistrado, para ir além da mera proibição de tribunais de exceção (= garantia da pré-investidura, que já aparecia incipientemente na *Petition of Rights*) e abranger explicitamente a ideia de *juízes isentos* (= imparciais).

⁷⁹⁸ Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, p.21. Cf. ainda, em sentido semelhante, Gottfried Dietze, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, Karlsruhe, Müller, 1971, pp.15-20.

“[...] o *Bill of Rights*, promulgado pelo Parlamento e sancionado por Guilherme de Orange, pode-se considerar que encerra este ciclo de documentos ingleses de positivação que **arranca da Carta Magna**”⁷⁹⁹.

9.2.3. O DEVIDO PROCESSO NO *ACT OF SETTLEMENT* DE 1701

I. Pensamos, porém, que aquele ciclo realmente não se tenha encerrado com o *English Bill of Rights*. Faltava ainda o seu derradeiro ato, olvidado por PEREZ LUÑO (*supra*). Trata-se do documento histórico-legal que, doze anos depois, *complementaria* a Declaração de 1689: o *Act of Settlement*, redigido em 1700 e passado em 1701 pelo Parlamento (com “*royal assent*” no mês de junho)⁸⁰⁰, a estabelecer (“*to settle*”) os novos termos da sucessão no trono inglês, em favor de SOFIA OF HANOVER (neta de JAMES I) e de seus herdeiros protestantes.

Tal ato — que, para TARKOW, “*ressalvada a Magna Carta (ou, mais sinceramente, as suas implicações)*, [...] *é provavelmente a mais significativa lei na história inglesa*”⁸⁰¹ — foi mais tarde estendido à Escócia, por força do *Treat of Union* (artigo 2º), promulgado juntamente com os *Acts of Union* de 1707, que deram origem ao Reino Unido.

Vejamos suas origens.

II. Embora a questão sucessória parecesse bem resolvida no *Bill of Rights*, os eventos que se seguiram à Revolução Inglesa criaram um novo dilema para os ingleses. É que MARY II morreu sem filhos em 1694; e, após sua morte, WILLIAM III não se casou novamente. Nos termos do *Bill of Rights* de 1689, o trono foi assumido pela princesa ANNE, que perderia seu último sucessor vivo — WILLIAM, Duque de Gloucester — seis

⁷⁹⁹ Perez Luño, *Los Derechos...*, p.34 (g.n.).

⁸⁰⁰ Tarkow, *op.cit.*, p.547.

⁸⁰¹ Por isso, o *Act of Settlement* é por vezes referido como *Act of Settlement 1700*. A maioria dos autores, porém, refere-o mesmo como *Act of Settlement 1701*.

anos mais tarde; e, considerando-se a sua idade, bem como os abortos espontâneos que antes houvera sofrido, ANNE provavelmente não teria outros filhos. Assim, com o seu passamento, mais uma vez o trono inglês estaria vago, criando o ensejo necessário para que os filhos católicos do rei deposto, JAMES FRANCIS EDWARD e LOUISA MARIA TERESA STUART, reivindicassem a coroa.

Para evitar semelhante retrocesso, promulgou-se o *Act of Settlement* de 1701, que concedeu a SOFIA, dita “*Electress and Duchess Dowager of Hanover*”, e aos seus descendentes, o direito de suceder ANNE no trono inglês. Neta do rei JAMES I, SOFIA era protestante; e, assim como ela, todos os seus herdeiros haveriam de ser protestantes e evitar consortes católicos, sob pena de serem barrados no processo de ascensão ao mesmo trono (“*for ever*”).

Sob esses termos, o *Act of Settlement* atravessou as centúrias e chegou ao século XX, quando foi confirmado pelo *Statute of Westminster* (implementado em cada Estado da *Commonwealth* a partir de 1931), que também dispôs sobre a sua inalterabilidade para o futuro, a não ser por ato parlamentar que obtenha a anuência de todos os povos súditos⁸⁰². Ainda hoje se discutem os termos do *Act of Settlement*, notadamente nos seus dois princípios mais polêmicos — a discriminação dos católicos romanos na linha sucessória real e a primogenitura masculina (“*doctrine of cognatic primogeniture*”, ou simplesmente “*male-preference*”) —, ante o franco contraste desses princípios com o pensamento e a ideologia reinantes nas democracias contemporâneas⁸⁰³.

⁸⁰² O que incluiu, na crise deflagrada em 1936 (“*abdication crisis*”) — após a renúncia de EDWARD VIII (o Duque de Windsor) para se casar com WALLIS SIMPSON —, as anuências dos governos da Austrália, do Canadá, da Nova Zelândia e da África do Sul, “países-súditos” da Coroa britânica. Com isso, promulgou-se o *His Majesty’s Declaration of Abdication Act*, pelo qual o trono passou ao irmão de EDWARD, o príncipe ALBERT, Duque de York e descendente mais velho de SOPHIA.

⁸⁰³ Nesse sentido, em 2008, a mídia divulgou projeto do parlamentar britânico CHRIS BRYANT (membro da *House of Commons* pelo *Labour Party*) para por fim à exclusão sistemática dos católicos romanos na linha de sucessão ao trono e para substituir o princípio da primogenitura masculina pelo da *absoluta primogenitura*, de modo que a sucessão venha a ser determinada unicamente pelo critério do primeiro nascimento, independentemente de gênero. Cf., por todos, Patrick Wintour, “*End of the Anglican crown: 300 years bar to be lifted*”, in *The Guardian*, London, Guardian Newspapers, 25.09.2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/sep/25/anglicanism.catholicism1> — acesso em 15.07.2009).

III. Quanto ao conteúdo, oito foram as disposições fundamentais do *Act of Settlement*, a saber: **(a)** o dever do monarca de estar e permanecer em comunhão com a Igreja da Inglaterra (“*shall join in communion with the Church of England, as by law established*”), i.e., de preservar-se anglicano; **(b)** a necessidade do beneplácito parlamentar para que o reino entrasse em guerras por domínios ou territórios que não pertencessem à Coroa inglesa, se ao trono ascendesse pessoa não nascida na Inglaterra⁸⁰⁴; **(c)** a proibição de que os monarcas deixassem os domínios do reino (Inglaterra, Escócia ou Irlanda) sem o consentimento do Parlamento (disposição ab-rogada em 1716, a pedido de GEORGE I, que era também *Elector of Hanover*⁸⁰⁵ e *Duke of Brunswick-Lüneburg* e tinha de se ausentar frequentemente⁸⁰⁶); **(d)** a obrigatória identificação de todos os autores e apoiadores das resoluções editadas pelo conselho de ministros (*Privy Council*), conferindo transparência às decisões políticas (disposição ab-rogada no próprio reinado de ANNE); **(e)** a proibição de que qualquer estrangeiro — mesmo os naturalizados (exceto quando filhos de pais ingleses) — fossem admitidos no *Privy Council* ou em qualquer das casas do Parlamento, ou em outras altas funções do reino, e que fossem beneficiários de certas concessões reais⁸⁰⁷, num esforço de nacionalização da política imperial (disposição derogada, posteriormente, para admitir àquelas funções e concessões qualquer cidadão naturalizado); **(f)** a proibição de que pessoas a serviço do monarca (“*who has an office under the monarch*”), ou que recebessem pensões da Coroa, pudessem ser membros do Parlamento, como forma de mitigar a influência que os reis ali vinham exercendo (em especial na *House of Commons*); **(g)** a ineficácia de qualquer perdão real em favor de quem sofresse *impeachment* pela *House of Commons*; e **(h)** a limitação dos poderes da Coroa para a designação e o afastamento de juízes.

⁸⁰⁴ “[...] *That in case the Crown and imperial dignity of this Realm shall hereafter come to any person, not being a native of this Kingdom of England, this nation be not obliged to engage in any war for the defence of any dominions or territories which do not belong to the Crown of England, without the consent of Parliament [...]*” (*Act of Settlement*, 1701). O dispositivo prevenia a mobilização das forças inglesas para a defesa de interesses pessoais do soberano e alheios à Inglaterra, uma vez que a Casa de Hanover detinha territórios na Europa continental (depois conhecidos como o *Reino de Hanover*).

⁸⁰⁵ O Reino de Hanover (*Kingdom of Hanover*) situava-se no que hoje é baixa Saxônia (território alemão).

⁸⁰⁶ Curiosamente, muitas repúblicas mantêm dispositivo semelhante, quicá inspiradas pelo exemplo inglês de 1701. É o caso brasileiro, cuja Constituição prevê, em seu artigo 49, III, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “*autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias*”.

⁸⁰⁷ “[...] *any office or place of trust, either civil or military, or to have any grant of lands, tenements or hereditaments from the Crown, to himself or to any other in trust for him [...]*” (*Act of Settlement*, 1701).

Nesse último item, precisamente, reside a contribuição do *Act of Settlement* para a consolidação do “*due process of law*”.

IV. Com efeito, assim dispôs o *Act of Settlement* de 1701:

“That after the said limitation shall take effect as aforesaid, **judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the address for both Houses of Parliament it may be lawful to remove them**” (*g.n.*).

E, pouco adiante:

“And whereas the laws of England are the birth-right of the people thereof, and all the Kings and Queens, who shall ascend the throne of this Realm, ought to administer the government of the same according to the said laws, and all their officers and ministers ought to serve them respectively according to the same: the said Lords Spiritual and Temporal, and Commons, do therefore further humbly pray, that all the laws and statutes of this Realm for securing the established religion, and **the rights and liberties of the people** thereof, and all other laws and statutes of the same now in force, **may be ratified and confirmed**, and the same are by His Majesty, by and with the advice of the said Lords Spiritual and Temporal, and Commons, and by authority of the same, ratified and confirmed accordingly” (*g.n.*).

Ratificavam-se e confirmavam-se, assim, todos os direitos e liberdades que as declarações anteriores haviam assegurado aos cidadãos, desde a *Magna Charta* de 1215 até o *Bill of Rights* de 1689 (embora nenhum desses documentos houvesse sido textualmente reportado). E, para mais, agregou-se ao conteúdo semântico do “*procedural due process*” — que o *Act of Settlement* implicitamente **referendava**, ao confirmar, juntamente com todos os demais direitos e liberdades, a cláusula do devido processo legal (sem tampouco referi-la expressamente) —, um importante elemento: o da **independência dos juízes** (ou, dir-se-ia hoje, independência do Poder Judiciário).

Com efeito, pelo texto promulgado, as designações de juízes realizadas pela Coroa eram válidas “*quamdiu se bene gesserint*”, i.e., enquanto bem se conduzissem (“*during*

good behaviour”), podendo ser afastados das funções caso se desviassem do caminho das leis, da honestidade e da justiça. E, em todo caso, o *impeachment* dos juízes do reino passava a ser ato privativo do Parlamento, por decisão de ambas as casas (ou até mesmo por uma delas, de acordo com a estrutura legislativa adotada nos anos subsequentes). Em uma leitura contemporânea, sob as lentes da teoria de separação dos poderes de MONTESQUIEU (vide, *supra*, a nota n. 736), pareceria que houve, na verdade, ingerência do Parlamento sobre a magistratura. Entretanto, o grande propósito da norma foi, de fato, garantir a **independência judicial**, libertando os juízes ingleses da perniciosa influência que diversos soberanos ingleses haviam espreado no curso dos anos, sob o pálio do absolutismo monárquico (vide, *supra*, o tópico 9.1, II e III). Sob o novo estatuto, o rei já não poderia manter à frente dos tribunais juízes que negassem vigência às leis e costumes do reino para atender aos interesses da Coroa, porque, não se havendo bem, poderiam ser afastados ou destituídos pelo Parlamento; e, da mesma maneira, não poderia o monarca perseguir ou afastar juízes que decidissem contra os seus interesses, porque os seus salários seriam preestabelecidos (“*ascertained and established*”) e a sua destituição passaria necessariamente pelas casas do Parlamento. Asseguravam-se, com isso, julgamentos mais isentos, em conformidade com o direito objetivo (notadamente a “*law of the land*”, i.e., as liberdades públicas de antanho), minimizando as possibilidades de intervenção da Coroa no sistema judiciário e, bem assim, a sua capacidade de encomendar ou preordenar decisões.

Situa-se em 1701, pois, a provável gênese histórica das **cláusulas constitucionais de garantia da independência do Poder Judiciário**, hoje tão comuns no Ocidente⁸⁰⁸; e, com alguma especificidade, duas delas em especial: a **vitaliciedade** (“*quamdiu se bene gesserit*”) — e a **irredutibilidade remuneratória**⁸⁰⁹. Por isso, CAPPELLETTI observou que

⁸⁰⁸ Cf., e.g., artigo 95 da CRFB; artigo 216º da CRP; artigo 64 da Constituição francesa; artigo 117, 2, da Constituição espanhola; artigo 97 da Lei Fundamental alemã; e assim por diante.

⁸⁰⁹ Ambas presentes no caso brasileiro, e ambas com matriz constitucional, assim vazadas: “*Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; [...] III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I*” (artigo 95, I e III, da CRFB, já com a redação da EC n. 19/98).

“Na Inglaterra, ao menos até o *Act of Settlement* de 1701, os juízes eram considerados normalmente e, seja como for, tratados de fato como funcionários do executivo, nomeados pelo rei *durante bene placito*. Mais ou menos um século depois, situação em parte análoga projetou-se sobre o continente europeu”⁸¹⁰.

São, com efeito, indiscutíveis garantias dos cidadãos⁸¹¹. Ademais, tendo sido introduzidas no mesmo ensejo em que se *ratificavam* as liberdades medievais e os seus desdobramentos modernos, parece fora de dúvidas que as garantias de independência judicial — a exemplo dessas do *Act of Settlement* — são fundamentalmente *concreções* da ideia de devido processo legal (ou, mais propriamente, do “*procedural due process*”), na linha da garantia do juiz natural⁸¹², *s sofisticando* o que já vinha do *Bill of Rights* (*supra*): juízes previamente investidos e **imparciais**.

Daí entendermos, com respaldo nessa plausibilíssima raiz genética, que, em constituições rígidas — como é o caso das constituições portuguesa e brasileira (artigos 284º a 288º e artigo 60, respectivamente) —, as garantias de independência judicial com matriz constitucional, vinculadas que estão ao conceito de devido processo legal e,

⁸¹⁰ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, p.78. Nota-se aqui — como antes (*e.g.*, revolução liberal) e depois (*e.g.*, revolução industrial), em variegados contextos — a precocidade do povo britânico na superação da característica histórica de seu tempo: quando no continente ainda vicejavam os cabrestos que as coroas impunham aos juízes (sobretudo nos regimes absolutistas — *supra*, tópico 9.1), a magistratura inglesa já gozava de garantias de independência desde o início do século XVI. Veja-se ainda, sobre este tema (*Act of Settlement* e independência judicial), Robert Stevens, *The Independence of Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, *passim* (desde 1880); John Orth, *Due process...*, p.30, nota n. 33.

⁸¹¹ Veja-se, *v.g.* e por todos, Delmas-Marty *et al.*, *Libertés...*, pp.20-21 (incluindo, entre as **garantias de acesso à justiça**, e ao lado da garantia do processo equitativo — *v.*, *supra*, a nota n. 34 —, a “*indépendance de la magistrature et [la] inamovibilité des juges*”). É um exemplo especialmente relevante porque, para alguns constitucionalistas, a Constituição da República da França *não consagrou* a autonomia do Poder Judiciário; e, nada obstante, mesmo lá se entende que a independência judicial em relação ao Poder Executivo é uma inolvidável **garantia do cidadão**.

⁸¹² Como reconheceu — para citar um único exemplo — o Tribunal Constitucional espanhol, em maio de 1983, quanto à garantia da **inamovibilidade**. *In verbis*: “*Es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público — las llamadas ‘necesidades del servicio’ —, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado*” (Sentencia TC n. 47/1983, FJ-2, j. 31.05.1983, *in* Gutiérrez-Alviz Conradi *et al.*, *Derechos procesales...*, p.271 — *g.n.*). Registre-se que, nas doutrinas de língua castelhana, a expressão “*juiz ordinario*” equivale ao que se designa, em língua portuguesa, por “*juiz natural*”.

portanto, ao cartel de direitos individuais da pessoa (assim, *e.g.*, no artigo 20º, 4, da CRP e no artigo 5º, LIV, da CRFB), detêm **jusfundamentalidade implícita**; e, onde as normas definidores de direitos e garantias individuais não podem ser abolidas — como é, outra vez, o caso de Portugal (artigo 288º, “d”, da CRP) e do Brasil (artigo 60, §4º, IV, da CRFB) —, aquelas garantias têm *status* de **cláusulas pétreas constitucionais**, *desde quando e tal como* instituídas, não podendo mais ser suprimidas ou reduzidas, sequer por leis de revisão ou emendas constitucionais⁸¹³.

9.3. CONCLUSÕES PARCIAIS. A CONSOLIDAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO

I. Ante as reflexões desenvolvidas nos tópicos 9.1 e 9.2, à guisa de conclusões parciais, pontua-se como segue.

1.1. O advento do Estado moderno e o seu viés absolutista representaram, para o processo, a concepção do *soberano* como fonte de toda a justiça do reino (“*rex est fons omnimodi iustitiae*”). Isso significou, a um tempo, a **limitação da liberdade de convicção dos magistrados** — que encontraria reação em documentos como o *Act of Settlement* de 1701 — e a **consolidação da cláusula do devido processo legal como garantia da pessoa**. No campo do processo, a instituição do julgamento pelos pares conheceu certo retraimento, em especial na Europa continental (ressalvado o caso belga); mas, por outro lado, fincou raízes a noção de **direito de recurso** (embora, na origem, como mero

⁸¹³ Nada obstante, no caso brasileiro, introduziram-se profundas alterações no regime de aposentadoria dos magistrados (EC n. 41/2003), sujeitando-os inclusive a descontos antes inexistentes — “*ex vi*” do artigo 41, §18, da CRFB —, bem como, a partir da regulamentação do §14 do mesmo artigo 41, à possibilidade de redução do valor total dos proventos, em relação aos subsídios da ativa, com o advento da aposentadoria (= fim da integralidade de proventos e pensões). Às associações de magistrados pareceu haver violação oblíqua à regra de irredutibilidade de vencimentos (artigo 95, III, da CRFB) — que, em nossa perspectiva, não poderia ser feita nem mesmo por emenda constitucional —, comprometendo a independência judicial e a própria paz de espírito necessária ao julgamento das causas no curso da carreira. Quanto a isso, cf., por todos, Guilherme Guimarães Feliciano, “*Sobre a justa grita dos servidores: a reforma da previdência social na PEC nº40/2003: aspectos jurídicos, econômicos e sociais*”, in *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, v. 29, pp.42-88. Foram ajuizadas, a propósito, ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal — *e.g.*, ADI n. 3308/DF e ADI n. 4885/DF —, ainda sem julgamento definitivo; e, quanto à última, a notícia em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=225340> (acesso em 08.01.2013).

subterfúgio para subalternizar a jurisprudência à vontade do monarca) e houve gradual **profissionalização** dos corpos de magistrados, sobretudo entre os séculos XVI e XVIII (o que deve se entender, também, como mecanismo de garantia de julgamentos justos e objetivos). Já a garantia da **fundamentação judicial** não adquiriu grande importância, senão no limiar da era contemporânea.

1.2. Na chamada *era isabelina* — compreendida entre o reinado de ELIZABETH I (1533-1603)⁸¹⁴, na aurora da Idade Moderna, e a Revolução Inglesa —, a Inglaterra experimentou o advento de duas novas declarações de direitos, a *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689, ambas inspiradas pelos mesmos sentimentos de justiça e de liberdade que estiveram na base da *Magna Charta Libertatum* de 1215, em circunstâncias semelhantes de opressão real aos súditos (e, em especial, aos parlamentares ingleses e a seus interesses).

1.3. A *Petition of Rights* ratificou a evolução semântica que a cláusula do devido processo legal havia conhecido entre a primeira edição da *Magna Charta Libertatum* e a sua reedição sob EDWARD III (1354), no sentido da *universalização* da garantia; e, para mais, carrou à cláusula do “*due process of law*”, na dimensão processual, a ideia de **vedação de julgamentos por tribunais de exceção**, extremando na sua cláusula 7ª, ao menos textualmente, as questões de forma (= “*the form of the Great Charter*”) das questões de fundo (= “*and the law of the land*”).

1.4. O *Bill of Rights*, por sua vez, trouxe avanços pontuais no “*substantive due process*” (prenunciando o arquétipo da *legalidade geral*, com a garantia de indenidade das leis da terra mediante a exigência de escrutínio parlamentar para a suspensão, a emenda, o reforço ou a preservação das mesmas leis) e também no “*procedural due process*” (com progressos no campo do *devido processo penal* e na formação do conceito de **juiz natural**, que, além de previamente investido — como já sugeria a *Petition of Rights* —, havia de ser também *imparcial*). Poliu-se, ademais, a percepção de que iniquidades procedimentais

⁸¹⁴ Filha bastarda de HENRY VIII com ANNE BOLENA, ELIZABETH I herdou o trono inglês, consolidou o anglicanismo e reinou com mãos de ferro, sem jamais ter se casado (apesar da conveniência política dos enlaces que lhe foram oferecidos, em especial com pretendentes da nobreza francesa e espanhola).

afetam direitos materiais (como nitidamente ocorria no caso das fianças arbitradas com excesso).

1.5. Por fim, no *Act of Settlement* de 1701, desvelou-se um outro aspecto imanente ao princípio do juiz natural, ligado à **independência dos magistrados** e às suas relações com o Coroa (ou, dir-se-ia hoje, com o Poder Executivo). Estatuiu-se então que as designações de juízes somente seriam válidas “*quandiu se bene gesserint*”, i.e., enquanto bem se conduzissem; ademais, em todo caso, o *impeachment* de juízes passava a ser ato privativo do Parlamento. O *Act of Settlement* abrigou, portanto, a origem secular das **cláusulas constitucionais de garantia da independência do Poder Judiciário**, donde se descobrirem, à mercê da interpretação histórica, os vínculos viscerais entre tais garantias e o próprio devido processo legal (como também, por consequência, a *jusfundamentalidade* daquelas cláusulas).

II. As condicionalidades sociopolíticas próprias da Idade Moderna não permitiram às magistraturas nacionais derivar grandes equações garantistas a partir da cláusula do devido processo legal, que já vinha consagrada, entre os ingleses, desde a Baixa Idade Média (1215). No entanto, essa mesma caldeira de tensões e conflitos fez surgir, na própria Inglaterra, novas declarações de direito, que não apenas **ratificaram** as garantias do medievo — tanto as processuais como as substanciais —, mas também as **aperfeiçoaram**, notadamente na esfera processual-procedimental, embora sem grandes rupturas ou transformações. Essa constatação é particularmente verdadeira no que diz respeito à construção da ideia do **juiz natural** — previamente investido, competente, imparcial —, com um grau de minudência e sofisticação que a ideia elementar de “*judgment of his peers*” obviamente não comportava em sua origem.

Nesse encalço, exsurge razoável afirmar que, “*pari passu*” ao aparecimento do Estado moderno, os séculos XVI, XVII e XVIII testemunharam a **consolidação histórica da garantia do devido processo legal**, que desde então seria indissociável da própria cultura jurídica publicística ocidental. Consolidação que, ademais, não se fez sem avanços e

desdobramentos; uns e outros se verificaram, ainda que parcimoniosamente, em especial na dimensão do “*procedural due process*”.

§ 10º. GARANTIAS PROCESSUAIS NA IDADE CONTEMPORÂNEA

10.1. TRANSIÇÃO PARA A CONTEMPORANEIDADE. O DEVIDO PROCESSO ESTADUNIDENSE

10.1.1. PROLEGÔMENOS. AINDA A “*LAW OF THE LAND*”

I. Em 1606, fundou-se o primeiro assentamento britânico em terras americanas (Jamestown, Virgínia). Os colonos tencionavam explorar minérios preciosos, mas acabaram desenvolvendo comunidades de economia basicamente agrária, exportando tabaco para o Reino Unido a partir de 1612. Dentre as colônias britânicas, a Virgínia foi a primeira a desenvolver um sistema próprio de governo (a *House of Burgess*, uma espécie de câmara legislativa). Sucessivamente, outras várias colônias britânicas foram surgindo ao longo da costa atlântica. Inicialmente, foram Massachusetts (1620), New Hampshire (1623) e New York (1624). Depois vieram Maryland (1632), Connecticut (1633), Rhode Island (1636), Delaware (1638), Pensilvânia (1643), Carolina do Norte (1653), New Jersey (1660) e Carolina do Sul (1670). Finalmente, ao sul, fundou-se a colônia britânica da Georgia (1733). Em 1753, já havia cerca de 1,3 milhão de habitantes nas colônias norte-americanas.

Um século e meio depois, em 1776 (04 de julho), o Segundo Congresso Continental declararia oficialmente a independência das treze colônias, deflagrando a guerra (1776-1783) que terminada com o Tratado de Paris de 1783. Já em 1787, os representantes das colônias — agora Estados — escreveriam a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada pela Convenção Constitucional da Filadélfia (Pensilvânia, 25 de maio a 17 de setembro de 1787), instaurando um governo central (a Presidência da República) e inaugurando um novo modelo político (republicano, presidencialista, democrático e federativo). Ali, na Constituição de 1788, os americanos consagrariam o sistema

republicado de freios e contrapesos (“*checks and balances*”), posicionando, ao lado da Presidência (artigo 2º, especialmente seções I e II), um parlamento bicameral (Senado e Câmara dos Representantes — artigo 1º, especialmente seções I a III) e uma magistratura independente, encabeçada por um tribunal supremo (artigo 3º, especialmente seção I).

II. Poucos anos mais tarde (1791), pelos esforços de JAMES MADISON e outros federalistas (*infra*, tópico 10.1.3), o Congresso aprovaria a Quinta Emenda (*Amendment V*), como parte do *Bill of Rights* estadunidense (que reúne as dez primeiras emendas⁸¹⁵), consagrando o seguinte preceito:

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, **without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”⁸¹⁶.

Sob a indisfarçável inspiração da *Magna Charta Libertatum*, Os Estados Unidos da América positivavam, em sua primeira e única constituição, a garantia do devido processo legal. Tal garantia assumiria, nas décadas subsequentes, feições muito próprias, tributárias do próprio dinamismo socioeconômico que marcou a sociedade norte-americana entre os séculos XVIII e XX. Mas se podia já perceber, desde os primeiros movimentos federalistas, que a recepção da cláusula do “*due process*” ligava-se sobretudo à sua dimensão *substantiva*, notadamente pela sua capacidade de plasmar, no plano jurídico-positivo, os ideais históricos de justiça, liberdade e independência que inspiraram a insurgência dos nobres contra JOHN DE ANJOU (*supra*, tópico 8.2.4) e que agora alimentavam o discurso norte-americano de resistência ao domínio e à exploração britânica.

⁸¹⁵ Aprovadas entre dezessete originalmente propostas.

⁸¹⁶ “Ninguém será obrigado a responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou navais, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes submetido a julgamento que lhe ameace a vida ou algum membro; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, **sem o devido processo legal**; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização” (g.n.).

III. Nada disso significou, na origem, uma agenda política de sedição ou insurreição. Antes, pretendia-se resgatar a relação cordial e colaborativa que originalmente se houvera estabelecido entre os colonos e a Coroa britânica, mas que havia se deteriorado após a assinatura do Tratado de Paris de 1763, ao final da Guerra dos Sete Anos (1756-1763)⁸¹⁷, culminando com os chamados “*intolerable*” ou “*coercive acts*”⁸¹⁸. Cogitava-se de separação apenas em último caso, como recurso derradeiro e indesejado. Essa foi, aliás, a posição oficial do Congresso Continental da Filadélfia de 1775. Nas palavras do juiz POLLAK⁸¹⁹, a Revolução Americana sequer negou a soberania da Coroa britânica, ao

⁸¹⁷ A *Guerra dos Sete Anos* opôs a França e a Inglaterra entre os anos de 1756 e 1763, espalhando-se dos territórios norte-americanos para o continente europeu. Originou-se precisamente na competição colonial e econômica franco-inglesa na América do Norte. Após desentendimentos locais, as tropas francesas aliaram-se a tribos indígenas norte-americanas e atacaram as colônias britânicas, o que obrigou os colonos a esquecerem os atritos com a Coroa britânica e com ela cerraram fileiras para repelir o inimigo comum. O conflito se espalhou pela Europa, uma vez que, em represália, a Inglaterra se uniu à Prússia e fechou os portos franceses. No continente americano, os ingleses tomaram Quebec, Montreal e a região dos Grandes Lagos. Ao final da guerra, a Inglaterra receberia dos franceses o Canadá, o Cabo Bretão, o Senegal e Gâmbia, entre outros territórios (Tratado de Paris, 10.02.1763); mas, embora vencedora, amargou dificuldades de ordem econômico-financeira a partir de então. Por conta dessas dificuldades, a Coroa se viu instada a impor medidas restritivas às treze colônias, com o objetivo de restaurar seu próprio equilíbrio financeiro. Nessa meada, a Metrópole encareceu o pacto colonial originário com vários atos: em 1750, proibiu a fundição de ferro no âmbito das colônias; em 1754, proibiu-lhes a fabricação de tecido e o contrabando de mercadorias; em 1765, regulamentou a obrigação dos colonos de abrigar e sustentar tropas inglesas em solo americano (prática que pesava muito sobre as finanças coloniais); ainda em 1765, editou a *Lei do Selo* (1765 *Stamp Act*), tributando severamente os jornais e os documentos legais e oficiais; e, por fim, em 1767, sobrevieram as *leis de Townshend* (*Townshend Acts*), a limitar ou mesmo impedir que os americanos continuassem suas relações comerciais com outras nações que não a Inglaterra.

⁸¹⁸ Em 1773, o Parlamento inglês concedeu o monopólio do comércio de chá à *Companhia das Índias Orientais*, de que eram acionistas várias personalidades britânicas. Esse monopólio comprometeu interesses comerciais de colonos norte-americanos, que negociavam a erva. Em ato de retaliação, membros de um grupo político rebelde (“*the Sons of Liberty*”) disfarçaram-se de índios pele-vermelhas e assaltaram navios da companhia que se encontravam no porto de Boston, lançando ao mar os respectivos carregamentos de chá (“*Boston Tea Party*”, dezembro de 1773). A reação inglesa deu-se no início do ano subsequente, com a edição das “*leis intoleráveis*” (1774). Pode-se bem compreendê-la pelas palavras de Lord NORTH, na *House of Commons*, em 22.04.1774: “*The Americans have tarred and feathered your subjects, plundered your merchants, burnt your ships, denied all obedience to your laws and authority; yet so clement and so long forbearing has our conduct been that it is incumbent on us now to take a different course. Whatever may be the consequences, we must risk something; if we do not, all is over*” (cf. John Phillip Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, Madison, University of Wisconsin, 1986, v. I [*the Authority of Rights*], p.13 [g.n.]). As “*leis intoleráveis*” estabeleciam, entre outras coisas, o fechamento do porto de Boston, até que a Companhia das Índias Orientais fosse indenizada pelas perdas sofridas (*Boston Port Act*) e a possibilidade de que os oficiais ingleses fossem julgados fora de suas colônias ou mesmo na própria Inglaterra — i.e., fora do alcance do “juiz natural” territorial — se o governador entendesse que não teriam um “julgamento justo” (*fair trial*) em Massachusetts (*Administration of Justice Act*). Outras “*leis intoleráveis*” foram o *Quartering Act* (outra vez sobre o dever geral de acomodar soldados ingleses) e o *Quebec Act* (garantindo o livre exercício da fé católica nas províncias de Quebec, Ontario e nos Grandes Lagos, em desafio aberto às colônias protestantes). Tais medidas precipitaram os eventos históricos que consumariam a Revolução Americana.

⁸¹⁹ Louis Heilprin Pollak, *The Constitution and the supreme court: a documentary history*, Cleveland, The World Co., 1966, v. 1, pp.03-04.

menos em seus primórdios; aos insurretos bastava impor à pátria-mãe o restabelecimento das boas e velhas relações com as colônias. Entretanto, diante da defecção inglesa, o embate político e bélico rumou para a plena independência das treze colônias. Esse quadro bem revela que, no início, os revolucionários pretendiam apenas fazer valer direitos individuais substantivos ligados à propriedade, à exploração econômica (dir-se-ia, hoje, livre iniciativa) e à “busca de felicidade”, que entendiam inalienáveis e incontrastáveis, segundo o seu próprio ideário de justiça material. A sedição e o separatismo não foram mais que uma consequência natural — “*ab initio*” indesejada — da frustração irredutível desses interesses. Nesse contexto, entende-se bem a importância semântica e semiótica da cláusula do “*due process*” como alicerce da nova ordem jurídica que então se pronunciava, consecutória da própria independência política.

IV. Por conseguinte, pode-se afirmar com relativa segurança que o “*due process*” norte-americano surge desde logo associado à dimensão material do princípio, como garantia supralegal do respeito à lei da terra — i.e., aos *princípios ético-jurídicos* historicamente consagrados entre os colonos. Ou, na expressão secular, à “*law of the land*” (cf., *supra*, tópico 8.2.5): a ideia mesma de “*rule of law*” impregnou-se com um sentido de *liberdade* em acepção constitucional, recuperando, para os americanos oitocentistas, uma noção jurídica que já era sólida na Inglaterra do século dezessete. Aliás, a partir dessa acepção é que a locução “liberdades constitucionais” (ou “liberdades públicas”, ou ainda “liberdades civis”, do inglês “*civil liberties*”) se colaria, nos séculos subsequentes, à própria plêiade dos direitos fundamentais do cidadão (e muito particularmente, nesse momento histórico, ao direito de propriedade dos ex-colonos).

Segundo J. P. REID, a “lei da terra” (“*rule of law*” = “*law of the land*”) — dir-se-ia talvez melhor o “direito” (objetivo) — e a “liberdade” são ideias que nessa tradição se associam apenas porque se reconhece na “lei” o modo mais seguro e racional de preservar os direitos individuais (e entre eles, muito particularmente, o direito de propriedade)⁸²⁰. Logra-se assim distinguir, com clareza, entre a “liberdade constitucional”, que promove a paz social, e a “liberdade natural”, que engendra tirania e usurpação; e o predicativo de tal

⁸²⁰ *Constitutional History...*, pp.31-32.

modo se confunde com a sua condição intransitiva que se chega a *definir* a liberdade como sendo a própria “*law of the land*” (ROGER TWYSDEN)⁸²¹.

Após a independência, outrossim, dar-se-ia à Constituição americana, às leis federais (em detrimento das estaduais) e aos tratados internacionais celebrados pelos EUA a *absoluta primazia* no país, como “*supreme Law of the Land*” (artigo 6º, 2, da *U.S. Constitution*), mantendo-se a locução e o conceito. E para esse arcabouço convergia a ideia de devido processo legal, quase em modo de sinonímia, como teve ocasião de declarar, em diversos julgados oitocentistas, a própria *U.S. Supreme Court* (v., e.g., *Murray’s Lessee v. Hoboken Land Improvement Co.*, 59 U.S. 272: “[t]he words *due ‘process of law’* were undoubtedly intended to convey the same meaning as the words ‘by the law of the land’ in *Magna Charta*”; cf. também *Davidson v. New Orleans*, 96 U.S. 97). Vinha a lume a chamada “*supremacy clause*”; mas tudo isso veremos mais tarde. Por ora, a tradição seguia ligando os colonos às raízes britânicas.

10.1.2. DEVIDO PROCESSO NA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA VIRGÍNIA (16.06.1776)

I. Como visto acima, o **direito metropolitano inglês** era a “*law of land*” a dar conteúdo para qualquer ideia germinativa de devido processo material nos primórdios da civilização anglófona norte-americana (o que melhor traduziríamos, em português, como “devidas garantias de direito”). Daí porque todas as cartas coloniais, que antecederam as

⁸²¹ *Idem, ibidem. In verbis: “The seventeenth-century English constitutional maxim making liberty depend on security in private rights to property may be the most familiar legal doctrine identified by historians of that period. At the Putney debates one Leveller army officer thought that Ireton was arguing that it was impossible to have liberty without taking away all private rights of property. But few in the seventeenth century could have had such a thought. What Ireton did was draw a distinction between constitutional liberty which ‘may be had and property be destroyed’, and natural liberty which ‘cannot be provided for in a general sense, if property be preserved.’ He meant that natural liberty, at least in theory, implied a lack of restraints that not only endangered property, but could also destroy constitutional liberty. And when liberty and property were associated, it was constitutional liberty, not natural liberty, that was meant. Another way to put it was ‘rule of law’. Among Sir Roger Twysden’s definitions of liberty are ‘la franchise de la terre,’ ‘le droit du royaume,’ and ‘the law of the land’. Liberty was associated with ‘law’ partly because ‘law’ was associated with property. People of the seventeenth and eighteenth centuries would have found it difficult to imagine ‘law’ not protecting property. That was, after all, law’s function. One way of stating the constitutional case against prerogative taxation was ‘destructive to the fundamental laws of this realm, and to the subjects rights of property and liberty.’ ‘To be an Englishman,’ William Penn argued, ‘is to be a free man... to hold his liberty and possessions by laws of his own consenting unto’” (g.n.).*

cartas constitucionais republicanas adotadas pelas colônias logo após o Congresso Continental de 1775 (à exceção inicial de Rhode Island e Connecticut), consagravam a *supremacia* do direito em vigor na Inglaterra. Isso inclusive sugeriu a CAPPELLETTI⁸²² a afirmação de que as cartas coloniais incipientemente positivavam, pela primeira vez, a noção de *controle de constitucionalidade* (i.e., verificação da validade e da legitimidade de textos normativos — a saber, os das cartas coloniais — a partir de seu cotejo com um conteúdo normativo de grau superior — a saber, o da “*law of the land of the Realm of England*”). Era a doutrina da “*supremacy of the English Parliament*” aplicada aos povos das “*plantations*” norte-americanas.

Entretanto, no rumo da culminância separatista, a ideia de “*due process*” veio a ser cada vez mais fortemente associada a um conceito de *proteção de direitos individuais* — especialmente o de propriedade — *contra governos arbitrários* (inicialmente, os governos das colônias, quando atentassem contra os direitos e as liberdades garantidos pela Coroa; mais tarde, porém, o próprio governo da Coroa, por restringir vários direitos dos colonos). Isso já vimos acima.

II. Segundo MILLER⁸²³, a primeira proclamação do devido processo legal em solo norte-americano surge na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), cujo item VIII pontificava:

“**VIII.** That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except **by the law of the land** or the judgment of his peers” (g.n.).

⁸²² Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre, SAFe, 1992, p.60: “... as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem ‘razoáveis’ e, como quer que seja, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês”. E, de fato, tanto os “*Writs of Assistance*” como o “*Stamp Act*” (1765) tiveram a sua ilegitimidade arguida perante o *Privy Council*, ao argumento de que atentavam contra a *Magna Charta Libertatum* e contra a *Petition of Rights* inglesa (v., *supra*, tópicos 8.2.4 e 9.2.1).

⁸²³ Charles A. Miller, “*The forest of due process of law: the American constitutional tradition*”, in *Due Process*, J. Roland Pennock, John W. Chapman (ed.), New York, New York University, 1977, p.08.

Com efeito, a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 16 (ou 12) de junho de 1776 (Williamsburg), é sem dúvida alguma um divisor de águas na história das democracias republicanas. Recepcionou muito cedo a cláusula constitucional do devido processo legal em plagas norte-americanas (ainda sob a antiga expressão “*law of the land*”), como visto há pouco. Ademais disso, reconhecia, com todas as letras, que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, detendo direitos inatos dos quais não se podem privar ou despojar seus pósteros (vida, liberdade, propriedade, felicidade, segurança)⁸²⁴; que todo poder emanava e se investia no bom povo da Virgínia, e que os agentes públicos — inclusive os juízes — não detinham poderes por sua ilustração ou linhagem, mas apenas e tão somente na condição de mandatários e servidores do povo, perante os quais haviam de ser sempre responsáveis⁸²⁵; que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade, cabendo à maioria da comunidade o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo de conformidade com o bem público⁸²⁶; e que a função pública se exercitava por intermédio de departamentos separados e distintos (legislativo, executivo e judiciário, já designados como “*powers*”), sendo os seus membros — todos eles, inclusive os do judiciário — escolhidos mediante eleições livres e periódicas para o cumprimento de mandatos certos⁸²⁷.

⁸²⁴ “**I.** That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”.

⁸²⁵ “**II.** That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them”.

⁸²⁶ “**III.** That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal”. Aliás, o grande federalista MADISON partiria daquela primeira oração para mais tarde estender seu sentido e propor um conhecido texto, jamais adotado pela *House of Representatives*, que deveria interpolar o preâmbulo do *Bill of Rights* de 1789: “That Government is instituted and ought to be exercised for the benefit of the people; which consists in the enjoyment of life and liberty and the right of acquiring property, and generally of pursuing and obtaining happiness and safety” (cf. Charles A. Miller, *The forest...*, p.10; Keynes, *Liberty...*, p.19).

⁸²⁷ “**V.** That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judicative; and, that the members of the two first may be restrained from oppression by feeling and participating the burthens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and

III. A Declaração da Virgínia tanto positivou *garantias processuais* — que, ligadas ao “*procedural due process*”, resistiram ao tempo e ganharam o mundo civilizado — como também consagrou *direitos fundamentais* ligados à ideia de um “*substantive due process*”.

Na esfera processual, assegurou aos cidadãos da Virgínia o acesso a uma magistratura *democrática*, dispondo ser contrária à natureza a ideia de que um homem nasça, por direito hereditário, magistrado ou juiz (item IV, “*in fine*”); e, bem assim, o acesso a uma magistratura *independente*, distinto dos poderes legislativo e executivo (item V). Assegurou também o direito à instituição do júri, que se toma por “sagrado” (“...*ought to be held sacred...*”) mesmo em típicas causas cíveis (item XI). E assegurou, por fim, o que hoje se designa por **devido processo penal** (tópico 16.5.2), desdobrando-o em várias garantias especiais, conformadas nos seus itens VIII (*supra*, quanto ao processo “*in se*”) e X (quanto às ordens prisão). Assim:

“X. That general warrants, whereby any officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offense is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive and ought not to be granted”.

IV. Já na esfera substantiva, como todo o direito constitucional concebido nesta época (*supra*, tópico 10.1.1), a Declaração de Virgínia se dedicou sobretudo à salvaguarda do direito de propriedade (*e.g.*, itens I, VI, 2ª parte, e IX, 1ª parte). Mas também positivou outras liberdades fundamentais, de feições mais claramente publicísticas, como a própria *liberdade de imprensa* (item XII).

Nesse ensejo histórico, interessava mais a declaração de tais direitos e liberdades — sobretudo no campo patrimonial — do que a descrição acurada e tipológica das respectivas garantias que haveriam de ser operacionalizadas no dia a dia do tráfico jurídico⁸²⁸. E assim se fez, acorrendo à cláusula geral da “*law of the land*” e a todo o seu conteúdo histórico.

regular elections in which all, or any part of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct”.

⁸²⁸ Cf. Cooley, *A Treatise...*, pp.352-353 e ss.

V. Diga-se, por importante, que a positividade do “*due process*” norte-americano é ainda mais remota do que supôs MILLER. Bem antes da “*Virginia Declaration of Rights*”, a “*First Virginia Charter*”, de 10.04.1606 (i.e., quase dois séculos antes), dada aos colonos de Virgínia ainda pelo Rei JAMES, já dispunha:

“And wee doe also ordaine, establishe and agree for [us], our heires and successors, that eache of the saide Colonies shall have a Counsell which shall governe and order all matters and causes which shall arise, growe, or happen to or within the same severall Colonies, **according to such lawes**, ordinannces and instructions as shalbe in that behalfe, given and signed with our hande or signe manuell and passe under the Privie Seale of oure realme of Englande” (g.n.)⁸²⁹.

A referência voltaria na “*Second Virginia Charter*”, de 23.03.1609, com maior minudência quanto às espécies legislativas (“[...] *be agreeable to the lawes, statutes, government and pollicie of this oure realme of England*”); e depois na “*Third Virginia Charter*”, de 12.03.1612 (“[...] *soe allwaies as the same be not contrary to the lawes and statutes of this our realme of England*”). Textos similares, reportando às leis e aos estatutos do Reino da Inglaterra, apareceriam ainda na “*Charter of Massachusetts Bay*” (1629) e na “*Connecticut Colonial Charter*” (1662). Um século e meio mais tarde, já suficientemente madura, a cláusula seria eternizada na Declaração de Direitos de Virgínia (a “definitiva”, de 1776), com a consistência apurada nos itens anteriores.

VI. Depois da Declaração de Virgínia (1776), a referência à “*law of the land*” como garantia do colono norte-americano tornou-se um lugar-comum nas declarações regionais de direitos. Com efeito, tal cláusula de garantia esteve depois presente na Declaração de Delaware, de 02.09.1776 (seção 12: “*ought to have remedy by the course of the law of the land*”); na Declaração de Maryland, de 03.11.1776 (item 3 e inciso XXI); na Declaração da Carolina do Norte, de 14.12.1776 (item XII); na Declaração do Estado de Vermont, depois incorporada à Constituição de Vermont, de 08.07.1777 (inciso X); na Constituição de Massachusetts, de 25.10.1780 (inciso XII); e na Constituição de New Hampshire, de 02.06.1784, entre outros.

⁸²⁹ Cf., por todos, Nunes Pereira, *op.cit.*, p.108.

Menor expressão se identifica, neste momento histórico, para a dimensão *processual* do devido processo legal. Nada obstante, tal dimensão também se fez presente, expressa ou subentendida, mas sempre de modo importante, como se apontou⁸³⁰.

VII. Com isso tudo se resgatou, pela primeira vez em plagas americanas, toda aquela vasta e complexa semântica construída pelo direito inglês no curso de cinco séculos (*supra*, tópico 8.2), valendo-se ainda uma vez da velha expressão “*by the law of the land*”, pela primeira vez empregada nas distantes “*Leges Henrici Primi*” (tópico 8.2.2), ou mesmo antes, ainda na Baixa Idade Média (tópico 8.1.2). E não apenas para garantir a liberdade ambulatorial, como na específica hipótese da seção 8 da Declaração de Virgínia. Recuperavam-se, no contexto geral deste primoroso marco legislativo (com foros de monumento, ainda que cronologicamente posterior a outros), todos os significados convertidos desde CONRAD II.

10.1.3. DEVIDO PROCESSO NA DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (04.07.1776) E NA OBRA DOS FEDERALISTAS

I. Entre a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, assinada em 04.07.1776 por cinquenta e seis representantes de treze estados — poucos dias depois da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (16.06.1776) —, e a obra completa dos federalistas norte-americanos (1787-1789), passaram-se mais de dez anos. O primeiro documento teve um propósito eminentemente político, se não exclusivamente. Os artigos federalistas, por sua vez, se tinham inegável função de convencimento político, buscavam também construir juridicamente o edifício dos princípios constitucionais que baseariam todo o funcionamento institucional da nova república. A Declaração de Independência não

⁸³⁰ A par das garantias processuais da própria Declaração de Direitos de Virgínia, NUNES PEREIRA localiza, mais de um século antes, as “*Fundamental Orders of Connecticut*”, de 14.01.1639, que regulava as assembleias gerais de Connecticut e estabelecia que os membros das cortes gerais escolhidos pelo governador para a *administração da justiça* deveriam agir de acordo com as “leis estabelecidas” na colônia (“[...] *shall have the power to administer justice according to the Laws here stablished*”). Logo, leis de natureza *processual, procedimental* e *ordenatória* (= organização judiciária). Cf. Nunes Pereira, *op.cit.*, p.110.

menção, ademais, as expressões “*due process*” ou “*law of the land*”, à diferença da doutrina federalista histórica, que cuidou atentamente desses conceitos em diversas manifestações (cf., *infra*, itens III e ss.).

Nada obstante, são documentos cujo autorreferenciamento não se pode olvidar.

II. Com efeito, firmes na convicção de que a prudência não recomenda rupturas de governos historicamente estabelecidos, mas por outro lado “*uma grande série de abusos e usurpações, dirigida invariavelmente ao mesmo objetivo, demonstra o desígnio de submeter o povo a um despotismo absoluto*”, autorizando-o por direito e dever a “*derrubar este governo e estabelecer novas precauções para a sua futura segurança*”, os signatários da Declaração de Independência arrolaram, entre as vinte e sete queixas apresentadas ao “*mundo imparcial*” para provar as ofensas e as usurpações do rei da Grã-Bretanha, as seguintes⁸³¹:

“He has **obstructed the Administration of Justice**, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary powers.

“He has **made Judges dependent on his Will alone**, for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries⁸³².

[...]

“For **cutting off our Trade with all parts of the world**⁸³³;

“For imposing **Taxes on us without our Consent**⁸³⁴;

“For **depriving** us in many cases, **of the benefits of Trial by Jury**⁸³⁵;

⁸³¹ Cf. http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html (acesso em 05.12.2010 [g.n.]).

⁸³² A subalternização das magistraturas por intermédio da opressão econômica — ante o monopólio real das riquezas para o pagamento dos respectivos salários — já era conhecida das plagas inglesas (motivando as garantias salariais do *Act of Settlement* de 1701, cf. tópico 9.2.3, IV, *supra*) e justificou, no século XX, a universalização da garantia judicial da *irredutibilidade de vencimentos* (no caso brasileiro, v. artigo 95, III, da Constituição, já com a redação da EC n. 19/1998: “*irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I*”).

⁸³³ A supressão de possibilidades no comércio internacional havia motivado, como já visto (*supra*, nota n. 818), o ato de rebelião conhecido como “*Boston Tea Party*” (dezembro de 1773).

⁸³⁴ Outra vez a questão da *legalidade tributária*, que já havia inspirado o artigo 12 da *Magna Charta Libertatum* (*supra*, tópico 8.2.4, item V).

⁸³⁵ Queixa que historicamente justifica, no direito norte-americano, a absoluta primazia dos julgamentos pelo júri e, de certo modo, a mais clássica das formulações do “*procedural due process*” — “*aliquis non debet*

[...]

“For **abolishing the free System of English Laws** in a neighboring Province, establishing therein an Arbitrary government, and enlarging its Boundaries so as to render it at once an example and fit instrument for introducing the same absolute rule into these Colonies;

“For **taking away our Charters**, abolishing our most valuable Laws, and altering fundamentally the Forms of our Governments;

“For **suspending our own Legislatures**, and declaring themselves invested with power to legislate for us in all cases whatsoever”.

III. As duas primeiras queixas, assim como a quinta delas (quanto à privação do “*trial by jury*”), relacionavam-se claramente com o **devido processo legal** em sua dimensão *procedimental*. As outras, por sua vez, ligavam-se indiscutivelmente à sua dimensão *substancial*, ora pela supressão ou restrição injustificada de direitos fundamentais (legalidade tributária, restrição da livre iniciativa no comércio), ora pela própria subversão do princípio democrático-representativo consagrado na *Magna Charta Libertatum* de 1215 (projetado nas assembleias parlamentares locais).

A Declaração de quatro de julho bem revela, pois, que grande parte das queixas formalizadas como razão eficiente para a ruptura política de 1776 — e o consequente golpe na soberania britânica ultramarina — conectava-se à alegada inobservância, pela Coroa inglesa, dos consectários deontológicos secularmente plasmados na cláusula do “*due process of law*”. A independência norte-americana não representou, nesse sentido, qualquer ruptura no **paradigma jurídico** então vigente. Antes, justificou-se pelo desejo visceral de fazê-lo valer também nas terras coloniais, como predicado inerente à própria cidadania britânica. Se essa condição não pôde ser respeitada, que viesse a ruptura, mas apenas como medida de “*ultima ratio*” política para a plena realização daqueles consectários em plagas americanas. Em síntese: **ruptura política com continuísmo jurídico**. O que nos leva ao legado federalista.

esse iudex in propria causa” —, sobretudo nas causas travadas contra o próprio Estado (ante a esperada isenção de corpos de jurados aleatoriamente escolhidos).

IV. O pensamento federalista norte-americano tornou-se bem conhecido a partir dos célebres escritos de MADISON, HAMILTON e JAY⁸³⁶. Foram oitenta e cinco ensaios publicados em favor da aprovação da Constituição dos Estados Unidos da América, antes e depois dela, elaborados com base nos debates travados durante o ano de 1787 (na Convenção Constitucional da Filadélfia) e dedicados sobretudo ao convencimento do povo de Nova York. A reunião de todos esses artigos originou a obra “*O Federalista*” (“*The Federalist Papers*”) ⁸³⁷, verdadeiro ícone da cultura jurídico-política ocidental⁸³⁸.

Entre as principais ideias veiculadas nos referidos ensaios, podem-se elencar três: (a) o significado de se instituir o federalismo, com um governo central forte (preservando-se a autonomia política relativa das unidades federadas), em oposição ao que se conhecia até então (modelo de confederalismo); (b) discussões políticas e filosóficas sobre a natureza humana, a separação dos poderes e a constituição mista do governo; e (c) as virtudes da República como forma de governo. Para alguns analistas, certos conceitos centrais (como *república*, *federação* e *constituição*) chegam mesmo a experimentar uma ressignificação⁸³⁹, subjugando conteúdos semânticos que remontavam a MONTESQUIEU⁸⁴⁰.

V. No artigo de n. 51⁸⁴¹, MADISON — ou HAMILTON⁸⁴² — ponderou que

⁸³⁶ Todos advogados e vultos singulares da república que então nascia na América do Norte. JAMES MADISON foi fundador do Partido Republicano, ao lado de THOMAS JEFFERSON (eleito Presidente dos Estados Unidos da América em 1808), enquanto ALEXANDER HAMILTON foi o primeiro Secretário do Tesouro Nacional e JOHN JAY chegou a ser presidente da Corte Suprema. Foi HAMILTON quem escreveu a maior parte dos artigos d’ “*O Federalista*” (mais da metade). JAY escreveu apenas cinco deles, enquanto MADISON escreveu os mais célebres.

⁸³⁷ Cf., por todos, James Madison, Alexander Hamilton, John Jay, *Os Artigos Federalistas*, trad. Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, *passim*; ou, ainda, *O Federalista*, trad. Heitor de Almeida Herrera, Brasília, Universidade de Brasília, 1984, *passim*. São, na opinião deste Autor, duas das melhores traduções da obra no mercado editorial brasileiro.

⁸³⁸ Para SCHWARTZ, emérito professor da *University of Tulsa*, o mais influente trabalho escrito sobre direito público. Cf. Bernard Schwartz, *A Book of Legal Lists*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p.192.

⁸³⁹ Cf. Fernando Papaterra Limongi, “‘*O Federalista*’: remédios republicanos para males republicanos”, in Francisco Weffort (org.), *Os Clássicos da Política*, 14ª ed., São Paulo, Ática, 2006, *passim*.

⁸⁴⁰ Cf. *Os Artigos...*, pp.130-131 (quanto ao conceito de *república* e a questão dos governos representativos em grandes territórios).

⁸⁴¹ “*The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*” (08.02.1788).

⁸⁴² Os ensaios eram assinados com pseudônimos; o pseudônimo “*Publius*”, utilizado nesse caso (n. 51), era comum a HAMILTON, MADISON e JAY. A fraseologia utilizada no texto permite apontar um dos dois primeiros autores, mas a maior parte dos analistas tributa-o mesmo a JAMES MADISON. É o que faremos doravante.

“Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. **But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.** In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions. This policy of supplying, by opposite and rival interests, the defect of better motives, might be traced through the whole system of human affairs, private as well as public. We see it particularly displayed in all the subordinate distributions of power, where the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights. These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the State”⁸⁴³.

Com isso, propunha um sistema de freios e contrapesos institucionais (“*checks and balances*”) que superava o modelo monárquico dos poderes estruturados por hierarquia. No modelo proposto, não havia autoridades absolutas ou incontrastáveis em quaisquer níveis⁸⁴⁴, mas poderes estruturados por *competências*.

VI. No campo do serviço judiciário, os desenvolvimentos desse conceito engendraram, para o bem da integridade e da isenção de conteúdo das respectivas decisões,

⁸⁴³ Cf. <http://www.answers.com/topic/federalist-no-51> (acesso em 04.01.2010 [g.n.]). Em tradução autorizada (no excerto negrito): “Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos” (Os Artigos..., p.350).

⁸⁴⁴ Embora naturalmente se reconheça, qual legado histórico da *Magna Charta Libertatum*, a supremacia do Poder Legislativo em quaisquer governos republicanos. Como antídoto para essa supremacia, o mesmo artigo n. 51 d’ “O Federalista” sugeria as benesses da *bicameralidade*, ao propor um tipo de *microssistema de contrapesos* interno à própria estrutura do Parlamento. *In verbis*: “But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precautions”.

uma série de **garantias** reservadas à magistratura (e, no geral, a toda a burocracia estatal). Os tribunais deveriam ser compostos por juízes assegurados em seus cargos: não seriam demissíveis “*ad nutum*”, só perdendo seus postos em caso de má conduta. Desse modo, não se sujeitariam à volátil discricionariedade das assembleias legislativas. Afinal, “*were the executive magistrate, or the judges, not independent of the legislature in this particular, their independence in every other would be merely nominal*” (“*The Structure...*”, *cit.*).

Noutras palavras, os juízes haveriam de ser *estáveis* em suas funções (o que adiante se desdobraria, em diversos países, na própria garantia da *vitaliciedade do cargo*, condicionando a demissão a uma sentença judicial transitada em julgado⁸⁴⁵). Em outras palavras, os quadros burocráticos — e muito especialmente as magistraturas judiciais — passavam a se vincular conceitualmente ao *Estado*, não mais aos governos.

Como vimos alhures, essas garantias — hoje definitivamente incorporadas à ideia de “*procedural due process*” — provavelmente encontram gênese setecentista no *Act of Settlement* de 1701 (*supra*, tópico 9.2.3, IV). Mas a sua inapelável *consagração histórica*, com a devida contextualização teórica (no bojo da doutrina federalista) e a ulterior positividade em termos muito próximos àqueles hoje vigentes, encontramos-a depois, passados quase noventa anos, no ensaio de n. 51 para “*O Federalista*”.

VII. MADISON ainda muito contribuiu, a seu tempo e modo, para a formulação americana da cláusula do devido processo em sua *dimensão material*, identificando-a, nesse aspecto, com a noção mesma de “*law of the land*” que vinha de ser consagrada nas Cartas da Virgínia (*supra*, tópico 10.1.2). E nisso aparentemente divergiu de HAMILTON, estabelecendo interessante tensão dialética.

⁸⁴⁵ Caso do Brasil, cf. artigo 95, I, da Constituição (excetuado o caso de juízes com dois anos ou menos de exercício — durante o chamado “estágio probatório” —, período em que podem ser desligados por decisão administrativa do tribunal a que se vinculam). Cf., *supra*, a nota n. 809.

Com efeito, comentando excerto do *Bill of Rights* do Estado de Nova York que parecia limitar a cláusula do “*due process*” à sua dimensão processual⁸⁴⁶, HAMILTON subscreveu tais impressões, negando que a locução “*due process*” pudesse ter um largo significado *substancial* a se reconhecer. Ao revés, afirmou que

“The words ‘due process’ have a precise technical import, and are **only applicable to the process and proceedings of the courts of justice**; they can never be referred to an act of legislature”⁸⁴⁷.

Com isso, HAMILTON estava negando, como fato, a histórica interpretação de Sir COKE para a *Magna Charta Libertatum*⁸⁴⁸, no sentido de que a expressão “*law of the land*” — intercambiável com a locução “*due process*” (i.e., “*per legem tarrae*” = “*without due process*”) —, compreenderia, para além das iminentes garantias processuais, uma série de limites substantivos ao Poder Legislativo⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ “No Person ought to be taken imprisoned or disseised of his freehold, or be exiled or deprived of his Privileges, Franchises, Life, Liberty or Property but by the due process of law” (o que mais parecia consagrar o “*procedural due process*”). Tal excerto veio a conformar proposta dos convencionais nova-iorquinos para o *Bill of Rights* norte-americano (cf. Keynes, *Liberty...*, p.18).

⁸⁴⁷ *Speech to the New York State Legislature*, February 6, 1787 (*apud* Keynes, *Liberty...*, p.18, nota n. 72 [g.n.]). A passagem sinaliza, em contrário às conclusões de NUNES PEREIRA — no que quer circunscrever o conteúdo histórico da cláusula do “*due process*” à sua dimensão substantiva (cf. *O Princípio...*, pp. 98 e 482, item n. 15) —, que a ideia de um “*procedural due process*” foi também acolhida nos primórdios do pensamento jurídico-constitucional norte-americano; e, mais que isso, que se conectava à tradição constitucional britânica. Aliás, baseando-se unicamente no marco de *Wynehamer v. New York* (13 N.Y. 378, 1856), SILVEIRA é ainda mais peremptório, chegando a afirmar — e então divergimos quanto ao adjetivo “único” — que “até 1856 o aspecto procedimental era a única concepção que emergia da cláusula encravada pelos barões na Magna Carta e, mais tarde, pelos elaboradores da Constituição americana de 1787”. Para uma refutação mais completa às teses do primeiro, ver, *supra*, o tópico 8.2.5, IV (lembrando, a propósito, que as expressões “*due process of law*” e “*law of the land*” intercambiam-se somente a partir do século XIV, com a reedição da *Magna Charta Libertatum* em 1354).

⁸⁴⁸ Quanto à visão de COKE, v., *supra*, o tópico 8.2.5, itens II e IV.

⁸⁴⁹ Keynes, *Liberty...*, p.18. Não significa, por outro lado, que HAMILTON negasse a existência de tais limites. Em absoluto: soube bem afirmar, em diversos outros escritos, que os excessos de poder e os abusos de autoridade — em especial os perpetrados pelo Parlamento — haviam de ser combatidos com “o princípio e a ideia de proteção e guarda das normas constitucionais” (NUNES PEREIRA, *O Princípio...*, p.120), que ademais não se limitavam ao próprio texto constitucional de 1787 (e emendas), mas também alcançavam os tratados internacionais de que fossem parte os Estados Unidos da América (*The Federalist* n. 22) e as próprias leis da União (*The Federalist* ns. 27, 31 e 33) — desde que conformes àquela Constituição (“...made in pursuance thereof...”) —, tudo compreendido sob o conceito maior de “*supreme law of the land*”. É o que está, ademais, no atual artigo 6º, 2, da Constituição dos Estados Unidos da América: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. Tais limites, todavia, HAMILTON não os reconhecia como derivados, semântica ou hermeneuticamente, da cláusula do devido processo legal (que, ao menos pelas falas de 1787, parecia-lhe expressão adstrita aos processos e procedimentos das cortes judiciais). Logo, o uso insistente da expressão

VIII. No sentido oposto, já nos primeiros esboços do *Bill of Rights* americano (1791), MADISON optou pelo termo “*due process of law*”, conforme a proposta de Nova York, em substituição à expressão “*law of the land*”, empregada pelos convencionais da Virgínia (*supra*, 10.1.2). Jamais esclareceu textualmente as razões dessa escolha (optara pela proposta de Nova York). Todavia, no texto sugerido para o seu preâmbulo (cf., *supra*, a nota n. 826), fez explícita referência aos limites substantivos que a Constituição impõe ao legislador, em proteção à vida, à liberdade e à busca da felicidade (no que se incluía, por evidente, a propriedade).

Não bastasse, MADISON pretendeu introduzir a cláusula do “*due process*” como uma emenda ao artigo 1º da Constituição dos Estados Unidos da América, em sua seção de n. 9, que sabidamente cuida de impor *limitações substantivas* ao Congresso Nacional. A proposta não vingou. Nada obstante, seu movimento deixou claro que adjudicava ao devido processo legal a mesma carga semântica complexa outrora atribuída para a cláusula correspondente no sistema jurídico da pátria-mãe.

Tudo a revelar, portanto, a fidelidade de MADISON aos postulados de COKE, admitindo indiscutivelmente a **dupla dimensão** do devido processo legal, gerador de duas ordens paralelas de garantias para os cidadãos: as de natureza processual (adjetiva) — a que acedera o próprio HAMILTON — e também as de natureza substantiva.

IX. Credite-se a HAMILTON, ainda, a especial proeminência reconhecida ao Poder Judiciário no sistema de “*checks and balances*”, lançando as bases do “*judicial review*” no “*The Federalist*” de n. 16. Em tal ensaio, HAMILTON identificou e enalteceu a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para intervir e rechaçar, como nulos e contrários à suprema lei da terra, os atos legislativos de natureza arbitrária ou usurpadores de autoridade alheia. Em suas palavras,

“*by the law of the land*” para significar esses limites, quase sempre presente nos escritos de HAMILTON (e.g., *The Federalist* n. 16), não era mera “preferência”, como supõe NUNES PEREIRA (*O Princípio...*, pp.115-116), mas indisfarçável tomada de posição.

“[...] if it be possible at any rate to construct a federal government capable of regulating the common concerns and preserving the general tranquility, it must be founded, as to the objects committed to its care, upon the reverse of the principle contended for by the opponents of the proposed Constitution. It must carry its agency to the persons of the citizens. **It must stand in need of no intermediate legislations; but must itself be empowered to employ the arm of the ordinary magistrate to execute its own resolutions. The majesty of the national authority must be manifested through the medium of the courts of justice.** The government of the Union, like that of each State, must be able to address itself immediately to the hopes and fears of individuals; and to attract to its support those passions which have the strongest influence upon the human heart. It must, in short, possess all the means, and have a right to resort to all the methods, of executing the powers with which it is intrusted, that are possessed and exercised by the government of the particular States.

[...]

“But if the execution of the laws of the national government should not require the intervention of the State legislatures, if they were to pass into immediate operation upon the citizens themselves, the particular governments could not interrupt their progress without an open and violent exertion of an unconstitutional power. No omissions nor evasions would answer the end. They would be obliged to act, and in such a manner as would leave no doubt that they had encroached on the national rights. An experiment of this nature would always be hazardous in the face of a constitution in any degree competent to its own defense, and of **a people enlightened enough to distinguish between a legal exercise and an illegal usurpation of authority.** The success of it would require **not merely a factious majority in the legislature, but the concurrence of the courts of justice and of the body of the people.** If the judges were not embarked in a conspiracy with the legislature, **they would pronounce the resolutions of such a majority to be contrary to the supreme law of the land, unconstitutional, and void.** If the people were not tainted with the spirit of their State representatives, **they, as the natural guardians of the Constitution,** would throw their weight into the national scale and give it a decided preponderancy in the contest. Attempts of this kind would not often be made with levity or rashness, because they could seldom be made without danger to the authors, unless in cases of a tyrannical exercise of the federal authority.

“If opposition to the national government should arise from the disorderly conduct of refractory or seditious individuals, it could be overcome by the same means

which are daily employed against the same evil under the State governments. **The magistracy, being equally the ministers of the law of the land**, from whatever source it might emanate, would doubtless be as ready to guard the national as the local regulations from the inroads of private licentiousness. As to those partial commotions and insurrections, which sometimes disquiet society, from the intrigues of an inconsiderable faction, or from sudden or occasional ill humors that do not infect the great body of the community the general government could command more extensive resources for the suppression of disturbances of that kind than would be in the power of any single member. [...]”⁸⁵⁰.

X. Posta essa ideia, o conceito de conformidade à lei da terra (“*by the law of the land*”) supera o da mera *legalidade*, assumindo doravante a condição de **princípio geral de constitucionalidade**, a limitar lógica e eticamente os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo⁸⁵¹. Este controle de constitucionalidade, acometido por natureza ao Poder Judiciário — sem cuja atividade de interpretação/aplicação “*as leis são letra morta*”⁸⁵² —, passa a estabelecer, ademais, a definitiva e mais relevante distinção semântica entre a cláusula do “*due process of law*” formulada no direito norte-americano e aquela herdada do sistema jurídico britânico: há princípios que estão *acima* da própria vontade do Estado, personificada na soberania dos parlamentos⁸⁵³. Em outras palavras, mesmo a vontade da

⁸⁵⁰ *The Federalist* n. 16 (cf. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed16.asp, acesso em 05.12.2010).

⁸⁵¹ Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.117-118.

⁸⁵² “*Laws are a dead letter without courts to expound and define their true meaning and operation*”. O que gerava, por sua vez, uma dificuldade adicional, na medida em que “*we often see not only different courts but judges of the same court differing from each other*” (*The Federalist* n. 22 — cf. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed16.asp, acesso em 05.12.2010).

⁸⁵³ Bernard Schwartz, *Direito Constitucional americano*, trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p.43; Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.119. A rigor, isso já havia sido ensaiado por COKE, a respeito do direito inglês; mas se tornou um conceito acabado — e construído em torno da ideia de “Constituição” — apenas na tradição histórica estadunidense. Ou, nas palavras de JOHN ORTH (*Due process...*, pp.20-21): “*Generalizing from the specifics in Dr. Bonham’s case [cf., supra, nota n. 678], Coke added a few words that have echoed down the centuries, resounding more loudly in fact in America than in England: ‘And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void’.* In colonial America the idea was succinctly restated: ‘*An act contrary to the constitution is void*’. When those words were first uttered, the English constitution was, as it still is, an ill-defined collection of traditional practices and important statutes. Later, after American Independence, U.S. chief justice John Marshall used almost the same words, ‘a law repugnant to the constitution is void’, but with a much more specific reference; **this time the constitution in question was a single document, the new Constitution of the United States**” (g.n.). No mesmo sentido, adiante (pontuando objetivamente as consequências dogmáticas da constatação anterior): “*In America the courts would determine the validity of all law, whether customary or statutory; in England, the homeland of the common law [de onde afinal brotariam as noções mais sublimes do “right and reason” segundo a lei da terra], the courts lacked the power to invalidate statutes*” (p.44).

maioria parlamentar — que é necessariamente uma vontade *histórica* (mas que marcava e definia os contornos da “lei da terra” na “*ratio*” incorporada ao artigo 37 da *Magna Charta Libertatum*, nada havendo acima dela) — sujeita-se, na concepção de HAMILTON e dos federalistas, à supremacia da ordem jurídica constitucional.

10.1.4. DEVIDO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: EMENDAS CONSTITUCIONAIS ns. V E XIV

I. Como esclarecido (tópico 10.1.1, n. II), os esforços dos federalistas levaram à aprovação da Quinta Emenda (*Amendment V*) como parte do *Bill of Rights* estadunidense (1791), com a seguinte redação:

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without **due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (*g.n.*).

II. Já para os Estados da União, aprovar-se-ia, no século seguinte, a Décima Quarta Emenda (*Amendment XIV*), votada pelo Congresso em 13.06.1866 e ratificada pela federação em 09.07.1868⁸⁵⁴, com a seguinte redação (seções n. 1 e 5):

“**Section 1.** All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person** of life, liberty, or property, without

⁸⁵⁴ Por três quartos das assembleias legislativas estaduais, como exige o artigo 5º da Constituição dos Estados Unidos da América.

due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the **equal protection of the laws**.

[...]

“**Section 5.** The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article” (*g.n.*).

III. De fato, tais emendas foram necessárias para que a cláusula do “*due process of law*” obtivesse **positividade** no sistema jurídico-constitucional norte-americano (o que não deixa de causar espécie, considerando-se a extensa e profícua tradição jurídica britânica nesta matéria⁸⁵⁵). No entanto, é cediço que a aprovação e ratificação das primeiras dez emendas ainda no século XVIII, todas constitutivas do *Bill of Rights* norte-americano, não promoveu alterações substanciais na organização do poder, sendo por isso considerada “declaratória” por KELLY, HARBISON e BELZ⁸⁵⁶. A rigor, conferiram positividade formal a uma série de direitos tradicionalmente aceitos, tidos como “naturais” pela comunidade jurídica, com base nas cartas inglesas, nas cartas coloniais e nas próprias declarações de direitos dos Estados (*supra*, tópicos 10.1.1 e 10.1.2). E, de resto, a jurisprudência da Suprema Corte entendia que os direitos e garantias ali reconhecidos não aproveitavam aos Estados federados⁸⁵⁷ — o que explica a necessidade, meio século depois, da Emenda n. XIV, a estender esses direitos para as unidades federativas⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.123: “Incompreensivelmente, haja vista que a expressão *due process of law* já era plenamente conhecida, desde a Carta de Edward III, da Inglaterra (1354), a Constituição Federal Americana de 1787 não a previu, dando preferência, na linha das Constituições dos Estados Americanos, à expressão *law of the land* (*lei da terra ou lei do país*)”. Isso talvez se explique pela aparente resistência de parte da doutrina — inclusive o federalista HAMILTON (*supra*, tópico 10.1.3, n. VII) — em reconhecer a **identidade semântica** entre aquelas expressões, rompendo com a compreensão tradicionalmente atribuída a Sir COKE.

⁸⁵⁶ Alfredo H. Kelly, Winfred A. Harbison, Herman Belz, *The American Constitution: its origins and development*, 17th ed., New York, W. W. Norton & Company, 1991, v. I, pp.119-120. Para os autores, conquanto tenham efetivamente positivado restrições ao poder federal (p.198), “*they took no substantive powers from Congress that could reasonably have been implied before the amendments had been passed, and most of the procedural limitations probably would have been taken for granted in any event*” (p.119).

⁸⁵⁷ Cf., em geral, *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833). Tal jurisprudência consolidou-se e ainda projeta reflexos nos dias de hoje. Assim, quanto ao direito de portar armas (Segunda Emenda), cf. *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875); quanto ao direito ao Grande Júri (Quinta Emenda), cf. *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884); quanto ao direito ao julgamento pelo júri em matéria cível (Sétima Emenda), cf. *Minneapolis & St. Louis R. Co. v. Bombolis*, 241 U.S. 335 (1963); e assim sucessivamente (NUNES PEREIRA, *O Princípio...*, p.126).

⁸⁵⁸ Cf., por todos, Kelly *et al.*, *The American Constitution*, pp.332-335 (sobre a elaboração e os motivos originais da Décima Quarta Emenda) e pp.516-517, 621-623 e 739-741 (estabelecendo relações e comparações entre a “*due process clause*” da Décima Quarta e a da Quinta Emenda).

IV. Com efeito, no conhecido caso *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833), a Suprema Corte pontificou, em voto de JOHN MARSHALL, que a vedação ao confisco — i.e., o direito de o cidadão não ter sua propriedade privada tomada para o uso público sem a justa compensação (previsto na Quinta Emenda: “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”) — seria uma restrição constitucional ao exercício do poder pelo governo dos Estados Unidos (i.e., pelo poder federal), não sendo aplicável à legislação dos Estados-membros. E, com isso, afastou a alegação de que os atos de requisição forçada de bens privados praticados pelo Estado de Maryland com a aprovação de sua assembleia violariam a Constituição Federal, afastando a jurisdição da *Supreme Court of United States*.

V. Para superar essa limitação, própria do vigoroso federalismo norte-americano, e os seus funestos efeitos junto à sociedade civil organizada e à própria condição geral de paz social, o 39º Congresso dos Estados Unidos aprovaria, em 1866, a Décima Quarta Emenda (*supra*), com um imperioso propósito: proporcionar **igualdade de tratamento jurídico**, aos cidadãos norte-americanos, nos planos federal e estadual. Ou, nas palavras de NUNES PEREIRA⁸⁵⁹,

“[...] reconhecer aos indivíduos, no âmbito da atuação dos órgãos governamentais dos Estados-membros, alguns direitos fundamentais já assegurados no plano federal. Conseqüentemente, também em decorrência da Guerra Civil e por causa da abolição da escravatura, outras emendas foram incorporadas ao texto da Constituição Federal americana, sob a tradicional forma de apêndice. Dentre essas emendas, destaca-se a de número XIV [...].

VI. Como bem pontuou FERREIRA MACIEL⁸⁶⁰, a Emenda n. XIV não só estendeu ao âmbito dos Estados os padrões de retitude e justiça encontrados na Emenda n. V, como ainda várias outras garantias presentes no *Bill of Rights* de 1791, em especial pelo uso da cláusula de “*equal protection of the laws*”. Pode, ademais, tê-la mesmo superado. Em *Bolling v. Sharpe*, com efeito, a Suprema Corte dos Estados Unidos chega a afirmar que a inteligência da cláusula de “*equal protection of the laws*” (Emenda n. XIV) é bem mais

⁸⁵⁹ *O Princípio...*, p.130.

⁸⁶⁰ Adhemar Ferreira Maciel, “*Due process of law*”, in *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, jul./dez. 1994, v. 6, n. 2, pp.81-88.

abrangente que a da própria cláusula de “*due process*” (Emenda n. V); e, conquanto não sejam mutuamente excludentes, a literalidade do texto constitucional permite aplicar a primeira (“igual proteção jurídica”) somente aos Estados da Federação, garantindo-lhes salvaguarda mais explícita de proibição de iniquidade (“*unfairness*”) que aquela derivada da “*due process clause*”.

Ulteriormente, em debates travados pelos senadores e deputados norte-americanos acerca da “*state-action doctrine*” — passando pela análise da Emenda n. XIV, do *Civil Rights Act* de 1866 e do *Enforcement Act* de 1871 (v. H.R. 320) —, pacificaram-se quatro postulados, a saber⁸⁶¹:

(a) a “*mens legislatoris*” da Emenda n. XIV tanto alcançava violações a direitos individuais perpetradas por *ações* como também aquelas perpetradas pela *omissão* dos Estados-membros;

(b) tanto o Governo Federal como os Estados-membros têm *deveres positivos* (e não apenas *negativos*, i.e., limitações) tendentes à proteção dos direitos constitucionais de seus cidadãos;

(c) quando os Estados-membros falhassem em fazer cumprir a Décima Quarta Emenda, o Congresso teria autoridade bastante, com fulcro na seção 5 da Emenda n. XIV (*supra*), para fazer valer, por atos próprios, os direitos dos cidadãos ameaçados;

(d) a Emenda n. XIV impõe a *todos* os atores estatais — no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário — limitações constitucionais e deveres positivos tendentes à proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

VII. Assimilados tais postulados, secundados por toda a construção jurisprudencial e doutrinária que se seguiria nas décadas subsequentes, superou-se em definitivo a primeira

⁸⁶¹ Keynes, *Liberty...*, pp.86-87.

pulsão hermenêutica de limitar a expressão “*due process of law*” às garantias judiciais de processo e procedimento — com HAMILTON⁸⁶² e BERGER⁸⁶³, entre outros — e reconheceu-se, doravante, a **dupla dimensão** (procedimental e substantiva) da “*due process clause*” na Constituição norte-americana, em seus dois principais vórtices de positividade: na Emenda n. V e, depois, na própria Emenda n. XIV.

A doutrina de COKE, BLACKSTONE, KENT, STORY⁸⁶⁴ e tantos outros da velha Inglaterra deitava agora sólidas raízes no pensamento e na experiência jurídica norte-americana (e, logo, na sua “*praxis*” — em acepção arendtiana). Estavam dados os alicerces para a evolução conceitual que o “*due process*” conheceria no século XX.

10.1.5. EVOLUÇÃO DO “*DUE PROCESS*” NO SÉCULO XX

10.1.5.1. PRIMEIRA FASE. PREVALÊNCIA DA VISÃO PROCEDIMENTALISTA

I. O “*due process of law*” tardou meio século para se despregar do texto constitucional e conquistar algum protagonismo no universo de valores do Judiciário norte-americano. Com efeito, conquanto a “*due process clause*” estivesse presente na Constituição norte-americana desde 1791, ganhou relevo na jurisprudência da *U.S. Supreme Court* somente no ano de **1856**, com o caso *Murray’s Lessee v. Hoboken Land Improvement Co.* Nele, a Suprema Corte reconheceu que a existência de um processo administrativo sumário com mandado de sequestro para a satisfação de créditos do Tesouro Nacional, conforme ato do Congresso norte-americano passado em 15.05.1820, não violava a cláusula do devido processo legal, mesmo porque “*by the common law of England and*

⁸⁶² Cf., *supra*, o tópico 10.1.3, n. VII.

⁸⁶³ Cf. Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.300. BERGER chega a reputar “confuso” o desenvolvimento teórico do “*substantive due process*” após a Emenda n. XIV (p.234).

⁸⁶⁴ Cf. Keynes, *Liberty...*, pp.57-58.

the laws of many of the colonies before the Revolution, and of States before the formation of the federal Constitution, a summary process existed for the recovery of the debts due to the Government”.

Mas afinal chegou.

Por isso, é na segunda metade do século XIX (mais precisamente entre os anos de 1856 e 1900⁸⁶⁵) que os autores — em especial JOHN ORTH, que agora seguiremos mais de perto — localizam a chamada **fase procedimentalista** da hermenêutica do devido processo legal nos Estados Unidos da América. Em tal período, consolidou-se, aprofundou-se e consagrou-se, na jurisprudência norte-americana, o paradigma “*no making a man a judge in his own case*”, já referido *supra* (nota n. 242).

Isso não quer dizer, como veremos, que já não se desvelasse a dimensão substantiva do “*due process*” em variegadas hipóteses. Nessa fase, porém, o conceito de “*substantive due process*” não estava elaborado; e, não raro, o seu emprego judicial para fins de “*judicial review*” (*supra*, tópico 10.1.3, IX) carecia de suficientes ou explícitas conexões com a própria garantia constitucional do devido processo. Ademais, mesmo quando se relacionava a garantia do “*due process*” a direitos substantivos como a liberdade, era comum fazê-lo na perspectiva do processo/procedimento, à maneira do excerto seguinte (*Hurtado v. California*, 1884):

“The due process clause prescribed ‘the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. [...] It follows that **any legal proceeding enforced by public authority, whether sanctioned by age and custom, or newly devised in the discretion of the legislative power**, in furtherance of the general public good, **which regards and preserves these principles of liberty and justice**, must be held to be **due process of law**” (110 U.S., 531-32, 535, 537⁸⁶⁶ [g.n.]

⁸⁶⁵ Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.131.

⁸⁶⁶ Cf. <http://supreme.justia.com/us/110/516/index.html> (acesso em 13.01.2010 [g.n.]). Na ementa, lê-se: “*1. The words “due process of law” in the Fourteenth Amendment of the Constitution of the United States does not necessarily require an indictment by a grand jury in a prosecution by a State for murder. 2. The Constitution of California authorizes prosecutions for felonies by information, after examination and commitment by a magistrate, without indictment by a grand jury, in the discretion of the legislature. The*

II. Na verdade, o paradigma “*no making a man a judge in his own case*” já podia ser reconhecido na tradição inglesa, em escritos de Sir COKE, ainda no século XVII. Como observa ORTH⁸⁶⁷ (transcrevendo COKE),

“[i]llustrating the ‘many cases’ in which Coke claimed the common law had invalidated parliamentary statutes, **he returned obsessively to the judge on his own case:** ‘So, if any Act of Parliament gives to any hold, or to have consusans of all manner of pleas arising before him within his manor of D., yet shall hold no plea, to which he himself is a party,’ citing once again the Latin maxim: ‘iniquum est aliquem suae re esse judicem’ (**it is unfair for someone to be a judge in his own affairs**)”.

Anos depois, no mesmo sentido, declararia Sir HENRY HOBART, sucessor de COKE na *Court of Common Pleas*:

“[...] an Act of Parliament, made against natural equity, **as to make a man a Judge in his own case**, is void in itself, for *jura naturae sunt immutabilia*, and they are *leges legum*”⁸⁶⁸.

Tudo a demonstrar, portanto, que a dimensão procedimental do “*due process*” acompanhou a própria maturação histórica daquele princípio⁸⁶⁹.

Penal Code of the State makes provision for an examination by a magistrate, in the presence of the accused, who is entitled to the aid of counsel and the right of cross-examination of witnesses, whose testimony is to reduce to writing and upon a certificate thereon by the magistrate that a described offence has been committed and that here is sufficient cause to believe the accused guilty thereof, and an order holding him to answer thereto, requires an information to be filed against the accused in the Superior court of the county in which the offence is trouble in the form of an indictment for the same offence. Held, that a conviction upon such an information for murder in the first degree and a sentence of death thereon are not illegal by virtue of that clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States which prohibits the States from depriving any person of life, liberty or property without due process of law”. Todos os demais excertos da *U.S. Supreme Court* transcritos neste tópico e nos seguintes terão esta mesma origem (*Justia.com*, Mountain View, Justia, [s.d.], in <http://supreme.justia.com/us/>), desde que não haja referência particular em sentido diverso.

⁸⁶⁷ *Due process...*, pp.21-23 e nota n. 15 (g.n.); p.34 e nota n. 2. A expressão “*manor of D.*”, ou “*manor of Dale*”, era utilizada à época para designar um Estado fictício, na formulação de exemplos de feito jurídico (assim como “Tício” e “Caio”, por tradição romanística documentada no Digesto, são expressões até hoje utilizadas nos países de raiz romano-germânica para designar pessoas hipotéticas). Entre outros, COKE e BLACKSTONE utilizaram-na largamente; mas terminou caindo em desuso. Atualmente, advogados especializados em lides patrimoniais preferem a expressão “*Blackacre*” — também um Estado fictício — para obter o mesmo efeito.

⁸⁶⁸ John Orth, *Due process...*, pp.23-24 (g.n.). A *Court of Common Pleas* (ou *Common Bench*), criada entre o final do século XII e o início do século XIII no sistema judicial inglês, tinha por função aplicar a “*common law*” às chamadas “*common pleas*”, i.e., às ações entre sujeitos privados, que não concerniam às zonas de interesse da Coroa. COKE a considerava “*the lock and key of the common law*”.

⁸⁶⁹ V., *supra*, a nota n. 847 e o tópico 8.2.5, IV (inclusive com a crítica às conclusões de NUNES PEREIRA).

III. Nos Estados Unidos, três séculos mais tarde, o paradigma processual houve de ser recepcionado logo de início, para a garantia geral dos cidadãos. Mas, pode-se bem dizer, não em sua completude (ao menos em termos práticos), à vista dos expedientes forenses que se vinham adotando em algumas ex-colônias. Com efeito, após a independência, alguns Estados norte-americanos organizaram magistraturas “autossustentáveis”, remunerando magistrados inferiores e juízes de paz com o dinheiro das *multas* que eles próprios aplicavam e arrecadavam (o que significava vincular os resultados de sua atividade oficial à sua própria condição remuneratória, comprometendo a isenção de julgamentos). ORTH observa que esse estado de coisas era ainda mais odioso que aquele relatado no *Dr. Bonham’s case* (*supra*, tópico 8.2.5, IV), porque as multas aplicadas pelo *Royal College of Physicians* ao menos revertiam em benefício do tesouro corporativo, enquanto as multas aplicadas pelos primeiros juízes estadunidenses revertiam em benefício de seus próprios bolsos⁸⁷⁰. Somente em 1927, a *U.S. Supreme Court* declararia a inconstitucionalidade de tais expedientes, em memorável voto do *justice* WILLIAM HOWARD TAFT, no caso *Tumey v. Ohio* (273 U.S., 510, 523); e o faria com base na cláusula constitucional do “*due process of law*” em sua dimensão estritamente procedimental (mesmo porque, a rigor, a expressão “*substantive due process*” seria usada pela primeira vez apenas *vinte anos* mais tarde, em 1948, no caso *Republic Natural Gas Co. v. Oklahoma*, 334 U.S., 62, 90⁸⁷¹). Lê-se na ementa do voto:

“1. To subject a defendant to trial in a criminal case involving his liberty or property **before a judge having a direct, personal, substantial interest** in convicting him is a **denial of due process of law**. P. 273 U. S. 522.

“2. A system by which an inferior judge is paid for his service only when he convicts the defendant has not become so customary in the common law or in this country that it can be regarded as due process where the costs usually imposed are not so small as to be within the maxim *de minimis non curat lex*. Pp. 273 U. S. 523, 273 U. S. 531. [...]”.

⁸⁷⁰ *Due process...*, pp.30-31. O que fazia sentido, segundo o autor, naquele momento, porque perfazia “*a reasonable way of keeping down the cost of government and encouraging vigilance by providing ‘payment by results’*” (p.30).

⁸⁷¹ Conquanto se reconheçam os primeiros desenvolvimentos de sua doutrina — ainda sem a designação “*substantive due process*” — bem antes, em 1856, notadamente nos casos *Wynehamer v. New York* e *Dred Scott v. Sandfort* (cf., por todos, John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Constitutional law*, 7th ed., Minnesota, Thomsom West Publishing Co., 1995, p.368). Voltaremos a isso abaixo (n. IV).

Em razão de *Tumey v. Ohio*, muitos Estados passaram a proibir expressamente a prática em suas constituições (como, p.ex., a Carolina do Norte⁸⁷²).

IV. Note-se, a propósito, a diferença que claramente se estabelece entre **identidade de interesses** e **identidade de valores** (o que será relevante, mais além, no tópico 23.2, quando discutirmos a problemática da cooperação e da inércia judicial na pós-modernidade). A construção do paradigma “*no making a man in his own case*” em nada contradisse a ideia original de garantia de julgamentos justos pela sujeição meritória dos fatos à apreciação dos próprios *pares* (“*by the lawful judgment of his peers*”) — ou dos *iguais* (“*equals*”), como constou da reedição de 1225 da *Magna Charta* (*supra*, tópico 8.2.4) —, como se lia na *Magna Charta* (1215, n. 37: “*nisi per legale iudicium parium suorum*”), na *Petition of Rights* (1628, n. IV), na Declaração de Direitos da Virgínia (1776, n. VIII), etc.

Ter **identidade de valores** — i.e., mesma razão de sentido e mesma visão de mundo para os eventos socialmente relevantes — garante julgamentos mais justos porque permite que as leis e os costumes sejam *contextualizados* no espaço e no tempo, de acordo com a bitola sociocultural sob cuja influência as partes interagiram concretamente, como pessoas ou instituições. Ameniza a frieza dos enunciados normativos — que podem se esterilizar ou mesmo se subverter quando dissociados do seu contexto espaço-temporal — e acrescenta humanidade ao ato de julgar. Não por outra razão, ainda hoje as administrações judiciárias buscam preservar e refinar a experiência social de seus juízes com as comunidades onde atuam, mesmo nos países que não compartilham da forte predição anglo-saxônica pelo “*trial by jury*”⁸⁷³. Mau juiz é aquele que se atém à reprodução cartesiana da lógica formal-causal (causa → consequência) imanente a todo sistema normativo organizado. Não é mais sequer o que a retórica de formação das instituições judiciárias exige dos novos juízes, como veremos adiante (Parte II, Capítulo I). Mesmo os juízes togados em cargos não eletivos, que não são necessariamente sacados das comunidades em que judicam, devem

⁸⁷² Artigo 4º, 21: “*In no case shall the compensation of any Judge or Magistrate be dependent upon his decision or upon the collection of costs*”.

⁸⁷³ Por vezes o fazem até mesmo a partir de imperativos deontico-legais, como no caso brasileiro: entre os *deveres* da Magistratura nacional, elenca-se textualmente o de “*residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado*” (g.n.), consoante o artigo 35, V, da LOMAN.

conhecer — se não *compartilhar* — os valores que sustentam e legitimam as relações sociais no mundo da vida em imediato derredor.

Isso não significa, entretanto, compartilhar **interesses** com o autor ou o réu. O *interesse*, nessa acepção, é sempre aquele individual-privado, que não diz com visões de mundo, mas com locupletamentos pessoais. Saber distinguir essas realidades — como se aprende soberbamente no estudo da evolução histórica da “*due process clause*”, a extremar duas condições absolutamente distintas (“*his own case*” v. “*his peers*”) — é compreender, com DINAMARCO, que o juiz *imparcial* não é e nem pode ser “neutro” (*supra*, tópico 5.2).

V. Conquanto reconheça tal fase, NUNES PEREIRA esmera-se em apontar, entre os julgados da *U.S. Supreme Court* neste período, diversos deles que já intuía, antecipavam ou mesmo encaminhavam o conceito de “*substantive due process*” (conquanto ainda não empregassem tal expressão): *Wynehamer v. New York* (1856), *Dred Scott v. Sandfort* (1856), *Live-Stock Dealers’ & Butchers’ Ass’n v. Crescent City Live-Stock Landing & Slaughter-House Co.* (1870), *Munn v. Illinois* (1877), *Mugler v. Kansas* (1887), etc. Tem nisso toda razão — o que não significa, porém, que a jurisprudência da Suprema Corte privilegiasse, nos primeiros anos, um conceito substancial de “*due process of law*”. Os julgados revelam trânsito vigoroso e coerente pelas duas sendas; mas a *dimensão processual* da “*due process clause*” já estava bem elaborada e condensada no paradigma “*no making a man a judge in his own case*”, desde ao menos as construções da *Court of Common Pleas* na Inglaterra do século XVII, com COKE e HOBART. O mesmo não se poderia dizer da sua dimensão substancial.

Nada obstante, pondera NUNES — e também aqui está certo — que os defensores da tese *estritamente* procedimentalista (que rejeitou a dimensão substancial do “*due process*” e optou por nele reconhecer apenas a *proteção processual* dos direitos e garantias fundamentais previstos na Emenda n. V, como assinalava o próprio BERGER⁸⁷⁴)

⁸⁷⁴ Cf., *supra*, tópico 10.1.3 e nota n. 863. Para BERGER, “*the Court [...] was not empowered to substitute its policy choices for those of the framers*” (i.e., “*the Founding Fathers of the United States*”). Cf. Nunes Pereira, *O princípio...*, p.152. Em sentido semelhante, no caso *Calder v. Bull* (U.S. 3 Dall. 386, 388). Nesse

vincularam-se a uma linha de pensamento restritiva, conservadora e estéril — o chamado *originalismo* (ora designado como “*originalism*”, ora como “*interpretativism*” ou mesmo como “*strict constructionism*”) —, que não admitia construções jurisprudenciais que excedessem o sentido consignado (= textual) ou contemplado como possível pelos constituintes históricos. Essa concepção repelia a capacidade construtiva e atualizadora do Poder Judiciário norte-americano⁸⁷⁵, reduzindo a cláusula do devido processo legal a um conteúdo semântico que depois seria remansosamente extravasado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde afinal se construiu e consagrou o conceito de “*substantive due process*”. Com efeito,

“[...] a tendência jurisprudencial que se verificava [...] se postava de forma a que se viesse a reconhecer, com mais contundência, direitos materiais, sobretudo pela via do princípio geral do *due process*. Tal posição resta reconhecida, inicialmente, quando do julgamento do caso *Mugler v. Kansas* (123 U.S. 623), de 1887, no qual a Corte, embora reconhecendo a norma proibitiva da venda de bebidas alcoólicas, como exercício do poder de polícia e da necessidade de defesa da saúde, da moral e da segurança pública, assentou a necessidade de se começar a virar os olhos para o exame da substância ou da materialidade das leis, a fim de se averiguar se o legislativo não ultrapassou os limites de sua competência (*surpassed its authority*). Em suma, o direito constitucional buscava subsídios para a superação da teoria limitada do devido processo legal procedimental⁸⁷⁶.”

O que estabelece, para nós, oportuna conexão com a fase seguinte, do “*economic due process*”.

julgado (que estudaremos no tópico seguinte), o *justice* JAMES IREDELL polemizou com SAMUEL CHASE e pontificou, sobre a invocação dos valores “*reason and justice*” no voto deste último (referidos como limites materiais para os atos do Congresso), que “*the ideas of natural justice are regulated by no fixed standard: the ablest and the purest men have differed upon the subject*” (388); e, com tais argumentos, concluiu que “*the existence of a written constitution implied a judicial approach to constitutional decision making that began with the text, a supposedly ‘fixed standard’, rather than with vague ‘first principles’, however great*” (John Orth, *Due process...*, p.42 e nota n. 19 [g.n.]).

⁸⁷⁵ O que é, afinal, um dos *fundamentos* da própria Hermenêutica constitucional contemporânea. Nas palavras de CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, p.1151), “segundo o **princípio da força normativa da constituição** na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “*atualização*” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

⁸⁷⁶ Nunes Pereira, *O princípio ...*, pp.156-160.

10.1.5.2. SEGUNDA FASE. “*ECONOMIC SUBSTANTIVE DUE PROCESS*”

I. Entre os anos de 1900 e 1936 (ou entre as décadas de 1890 e 1930), a doutrina situa a *segunda fase* da hermenêutica constitucional do devido processo legal estadunidense, conhecida como **fase do “*economic substantive due process*”**, já ligada a uma formulação *substantiva* da “*due process clause*”. Ou, na expressão de JOHN ORTH, ligada ao paradigma “*no taking from A and giving to B without due process of law*” (ou tão só “*A-to-B*”), também já referido alhures (*supra*, tópico 8.1.1, III).

Em poucas palavras, a fase do “*economic due process*” vinculou a dimensão material da “*due process clause*” à tutela dos direitos subjetivos de conteúdo eminentemente **econômico**, em especial os relacionados à *propriedade*, ao *comércio* e à *liberdade contratual*⁸⁷⁷. Mas vejamos isso com vagar.

II. A configuração semântica do “*A-to-B*” surge ainda em 1798, no caso *Calder v. Bull* (U.S. 3 Dall. 386, 388). Nesse julgado, o *justice* SAMUEL CHASE houve por bem enumerar outras situações nas quais os atos do Parlamento poderiam ser recusados judicialmente pela sua injustiça ou desconformidade com a “*law of the land*”, a exemplo das leis que tornassem o sujeito juiz da sua própria causa ou no seu próprio interesse (o paradigma procedimental do “*due process*”, verdadeiro “*standard*” de violação da justiça natural). Entre as várias situações, mencionou por hipótese “*a law that takes property from A and gives it to B*” (i.e., leis confiscatórias), lançando para a posteridade o paradigma “*A-to-B*”, que doravante representaria a dimensão substancial do “*due process of law*” e desafiaria uma série interminável de leituras e releituras por parte de doutrina e jurisprudência.

⁸⁷⁷ John Orth, *Due process...*, p.71. Numa expressão mais geral, cara a certa doutrina francesa, poder-se-ia dizer que a doutrina do “*economic substantive due process*” cinge-se à aplicação da dimensão material do princípio para a salvaguarda dos “direitos e liberdades do indivíduo, ator da vida econômica” (cf., por todos, Jean-Jacques Israel, *Direito das liberdades fundamentais*, trad. Carlos Souza, Barueri, Manole, 2005, p.33).

E não foi só. Neste mesmo precedente, CHASE também referiu hipoteticamente os seguintes casos:

- (a) “*a law that punished a citizen for na innocent action, or, in other words, for an act, which, when done, was in violation of no existing law*”, evidenciando outro paradigma constitucional, frequentemente referido como “*ex post facto law*” (i.e., irretroatividade da lei “*in pejus*”) e devidamente positivado na Constituição norte-americana (artigo 1º, seções 9º e 10⁸⁷⁸);
- (b) “*a law that destroys, or impairs, the lawful private contracts of citizens*”, para fazer sobressair a censura constitucional a quaisquer interferências arbitrárias do Estado-Legislador nos negócios privados, especialmente em situações de comércio e livre iniciativa (v. *U.S. Constitution*, artigo 1º, seção 10, n. 1, “*in fine*”);
- (c) “*a law taht makes a man a Judge in his own case*”, hipótese já estudada no tópico anterior.

A quarta hipótese era justamente a do paradigma “*A-to-B*”. E, após enunciar as quatro situações-tipo, o *justice* concluía:

“It is **against all reason and justice** for a people to entrust a legislature with such powers, and therefore it cannot be presumed that it has done it. **The genius, the nature, and the spirit of our state governments amount to a prohibition of such acts of legislation, and the general principles of law and reason forbid them.** The legislature may enjoin, permit, forbid, and punish; It may declare new crimes and establish rules of conduct for all its citizens in future cases; it may command what is right and prohibit what is wrong, but it cannot change innocence into guilt or punish innocence as a crime or violate the right of an antecedent lawful private contract or the right of private property” (g.n.).

III. Como se vê, à exceção da terceira hipótese, todas as demais quadravam, em alguma medida, com a dimensão substantiva da “*law of the land*” (ou, na retórica legal que agora se inaugurava, com a possibilidade de “*judicial review*” nos casos de atos

⁸⁷⁸ Respectivamente: “*No bill of attainder or **ex post facto Law** shall be passed*”; “*No state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money; emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, **ex post facto law**, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility*” (g.n.).

legislativos contrários aos “*general principles of law and reason*”, i.e., aos limites materiais impostos ao Estado-Legislator pela própria Constituição).

Com respeito à quarta situação-tipo do voto Chase, não havia uma clara ancoragem no texto constitucional, como de resto havia para todas as demais situações-tipo de cariz substantivo (*supra*). Assumiu-se, assim, que o seu fundamento constitucional só poderia estar na *Quinta Emenda*, sobretudo pela sua parte final (“*No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*”); logo, admitia-se — ainda que incipientemente — a aplicabilidade da “*due process clause*” a “processos” de curso legal inconfundíveis com o próprio processo/procedimento judicial (como, *e.g.*, o “processo” de desapropriação estatal de bens privados). Por conseguinte, lançou-se ensejo para recolher, no paradigma “*A-to-B*”, tanto os casos de atos legislativos de confisco que transferissem a propriedade privada de “A” para qualquer indivíduo “B” que não fosse o próprio Estado (“*another private party*”), de modo a proporcionar-lhe locupletamento sem causa, como também os casos de atos legislativos de expropriação que não garantissem a “A” a devida compensação financeira. Associada à Quinta Emenda, porém, a fórmula não censurava a mera *apropriação* (“*taking*”) de bens privados pelo Estado. Censurava-a apenas quando se tentasse ou consumasse “*without due process of law*”. Noutras palavras,

“Fazer de um homem o juiz em sua própria causa foi o *standard* de ilustração de violação da justiça natural. Foi por séculos (e permanece) o primeiro exemplo de violação do devido processo. Quando, no final do século dezoito, foi reforçado como mais um modelo (ou um paradigma), juntamente àquele de tomar de A e dar a B, não houve de início uma mudança consciente: isso também violaria o devido processo, se um procedimento judicial fosse negado [para a tutela do cidadão]. Mas sob o manto da frase ‘tomar de A e dar a B’ um outro sentido surgiu, **redistributivo e substantivo**. Quando no final do século dezenove a legislação regulatória ameaçava direitos adquiridos e empresas privadas, **a jurisprudência do devido processo já continha o germe da resposta**”⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ John Orth, *Due process...*, pp.49-50 (*g.n.*).

IV. Fincadas as raízes do paradigma substancial do “*due process*” (“*A-to-B*”), que naturalmente já sugeria aplicação aos litígios de ordem patrimonial (particularmente no âmbito do direito de propriedade e da liberdade contratual), a nova acepção ganhou foros de hegemonia no início do século XX, já como “*economic substantive due process*”, e antes mesmo da própria enunciação vocabular da expressão “*substantive due process*” na jurisprudência da *U.S. Supreme Court* (o que, vimos, deu-se em 1948). E suas manifestações de maior relevo povoaram a *seara trabalhista*⁸⁸⁰, com sistemáticos revezes para as leis sociais de antanho e os interesses dos trabalhadores.

Desses todos, o mais significativo e marcante precedente foi julgado em 1905, no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 1905).

V. Em 1897, o Estado de Nova York editara lei que limitava a duração do trabalho dos padeiros a sessenta horas semanais ou dez horas diárias. O empresário JOSEPH LOCHNER, proprietário da *Lochner's Home Bakery* (Utica), havia sido condenado duas vezes, em 1899 e depois em 1901, por violação à lei de 1879 (110ª seção do artigo 8º, capítulo 415), acusado de solicitar ou permitir a um empregado seu (padeiro) que se ativasse por mais de sessenta horas semanais. Recorrendo de sua última condenação à *Appellate Division of the New York Supreme Court* e depois à *New York Court of Appeals*, LOCHNER viu mantida a sentença de primeiro grau. Dirigiu-se então à *U.S. Supreme Court*, reclamando a “*judicial review*” da lei em questão com base na Quinta Emenda, já que a corte havia reconhecido, em *Dred Scott v. Sandford* (v., *supra*, a nota n. 871), que a “*due process clause*” (tanto na Quinta como na Décima Quarta Emenda) não encerrava somente uma garantia processual, mas também uma sorte de limitação “substancial” nas formas de controle que o poder público exercia sobre os indivíduos. E, com base nesse pressuposto, argumentou que a lei nova-iorquina de 1897 era inconstitucional por cercear o

⁸⁸⁰ *Idem*, p.60: “*Striking down a New York statute limiting the hours of labour for bakers to sixty hours a week or ten hours a day, Lochner gave its name to the entire era in the history of due process from the 1890s to the 1930s, during which courts strictly scrutinized regulatory legislation, particularly labour legislation, enacted pursuant to the state’s general power to protect health, safety, or welfare — known to lawyers as the ‘police powers’*” (g.n.). Devido a esse marco inicial (de que trataremos logo na sequência), a doutrina norte-americana designa esse período — que coincide com a segunda fase da hermenêutica da “*due process clause*” na jurisprudência estadunidense (“*economic substantive due process*”) — como “**era Lochner**”. NOVAK e ROTUNDA também situam o período entre 1890 e 1936 (*Constitutional law*, pp.370 e ss.). Já NUNES PEREIRA (*O princípio...*, p.163) aponta o período de 1900 a 1936.

seu sagrado “direito de livre contratação” (“*right to free contract*”), ancorado constitucionalmente e incompatível com aquela restrição estadual.

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, com efeito, que o poder público não poderia ser paternalista a ponto de pretender substituir, nas relações contratuais, a sua própria vontade às decisões livres e desimpedidas de um trabalhador adulto. Reconheceu que o *Bakeshop Act* de Nova York não era razoável na perspectiva dos fins sociais que a autoridade pública deve perseguir no exercício de seu poder de polícia (“*police power of the State*”⁸⁸¹), interferindo de modo desarrazoado, desnecessário e arbitrário no direito de os indivíduos exercitarem sua liberdade de contratar (inclusive em seara laboral). E invalidou aquele ato legislativo, por violação à cláusula do devido processo legal. Nas palavras do *justice* RUFUS PECKHAM (pela maioria⁸⁸²),

“In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family?”

Criou-se, por esta via e a partir de então, uma estreita conexão entre o “*economic due process*” e a própria noção de **liberdade contratual**, como apontávamos *supra* (n. I). E tinha seu marco inicial formal a chamada “*era Lochner*”.

VI. De modo semelhante, em âmbito estadual (*Ives v. South Buffalo Railway Co.*), a corte suprema de Nova York valeu-se do paradigma “*A-to-B*” para invalidar o pioneiro

⁸⁸¹ Tome-se tal expressão, nos julgados da *U.S. Supreme Court*, sempre em sentido *lato*. Como visto (nota n. 880), “*police power*” é a expressão utilizada no jargão forense estadunidense para as restrições próprias de *leis regulatórias* (inclusive trabalhistas), embora não se confunda com o conceito de **poder de polícia** construído no âmbito do Direito Administrativo de tradição romano-germânica, usualmente adstrito às atividades da própria Administração Pública (e não às dos parlamentos). V., por todos, Odete Medauar, “*Poder de Polícia*”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1995, n. 199, pp.89-96 (em especial para o caso brasileiro).

⁸⁸² A minoria, porém, contou com a dissensão de ninguém menos que os *justices* JOHN MARSHALL HARLAN e OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Workmen’s Compensation Act do Estado de Nova York, pelo qual se estatuiu a responsabilidade civil objetiva patronal (“*strict liability*”) por quaisquer acidentes de trabalho que vitimassem os empregados, “*whether the employer is at fault or not, and whether the employee uis at fault or not*”. A corte entendeu, em julgamento de 1911, que referida lei tinha caráter marcadamente “revolucionário”, sendo por isso odiosa e írrita. Argumentou que

“When our Constitutions were adopted, it was the law of the land that no man who was without fault or negligence could be held liable in damages for injuries sustained by another”;

e, por conta disso, concluiu que o ato de impor

“upon an employer, who has omitted no legal duty and has committed no wrong, a liability based solely upon a legislative fiat [...] is taking the property of A and giving it to B, and that cannot be done under our Constitutions”.

Noutras palavras, porque se viu no *Workmen’s Compensation Act* um sistema legal compulsório de redistribuição de riquezas (em detrimento do empregador e a favor dos empregados), terminou-se por reconhecer plausível a aplicação, à espécie, do paradigma “*taking A-to-B*”⁸⁸³.

Curiosamente, Estados como Washington e Wiscosin adotaram, na mesma época, legislações muito semelhantes. E, nada obstante, as respectivas cortes supremas entenderam que tais leis *não violavam* o devido processo na formulação “*A-to-B*” (conferir, respectivamente, *State ex rel. Davis-Smith Co. v. Clausen*, 1911, e *Borgnis v. Falk Co.*, 1911). Esse dado bem revela que o uso ampliado da “*due process clause*” no âmbito da jurisprudência da *U.S. Supreme Corte* (*ex* Emenda n. V) e pelas cortes dos Estados (*ex* Emenda n. XIV), dada a sua natureza de *cláusula geral*⁸⁸⁴, realmente gerou *distensões*

⁸⁸³ John Orth, *Due process...*, p.55...

⁸⁸⁴ Aderimos, aqui e em todas as outras passagens que recorrem à ideia de “cláusula geral”, àquela acepção proposta por ENGISCH: “*formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos*” (*Introdução...*, p.229). Perfaz uma técnica de redação de preceitos legais por meio de formas vagas e multissignificativas, que abranjam variada gama de hipóteses, em contraposição ao método casuístico. Diferem dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, porque neles ao menos a solução jurídica predisposta (i.e., o *consequente*) tem indiscutível

semânticas que se agravariam paulatinamente, ao sabor das ideologias, das visões de mundo e da própria subjetividade coletiva das cortes. Eram, afinal, os temidos efeitos de insegurança jurídica que IREDELL vaticinara cento e quinze anos antes, tributando-os à “vaguidão dos princípios primeiros” (*supra*, nota n. 874). O que não quer todavia significar que outro caminho pudesse ser mais adequadamente trilhado. Mas isso veremos bem mais adiante (Parte II, Capítulo I, *infra*).

VII. Na mesma linha, em 1923, no caso *Adkins v. Children’s Hospital* (61 U.S. 525), a *U.S. Supreme Court* considerou inválido estatuto federal que estabelecia salário mínimo para mulheres no Distrito de Colúmbia, por violação do paradigma “*A-to-B*”: entendeu-se que a referida lei impunha aos empregadores a obrigação de suportar os custos de sobrevivência de pessoas relativamente indigentes, por cujas condições socioeconômicas não teriam os primeiros qualquer tipo de responsabilidade ou culpa. Retirava-se do empresário, por esse prisma hermenêutico, a liberdade de dispor de seu patrimônio — na forma de salários — conforme o que livremente lograsse ajustar com os trabalhadores do seu segmento econômico (conforme o precedente *Lochner*). Na respectiva decisão, pode-se ler:

“[...] 5. That the right to contract about one’s affairs is part of the liberty of the individual protected by the Fifth Amendment, is settled by repeated decisions of this Court. P. 261 U. S. 545.

“6. Within this liberty are contracts of employment of labor. In making these, generally speaking, the parties have equal right to obtain from each other the best terms they can by private bargaining. *Id.*

“7. Legislative abridgment of this freedom can only be justified by the existence of exceptional circumstances. P. 261 U. S. 546. [...]

“9. Legislation fixing hours or conditions of work may properly take into account the physical differences between men and women; but, in view of the equality of legal status, now established in this country, the doctrine that women of mature age require, or may be subjected to, restrictions upon their liberty of contract which could not lawfully be imposed on men in similar circumstances, must be rejected. P. 261 U. S. 552.

clareza no texto (assim, *e.g.*, o artigo 927, par. único, do NCC, em que há abertura no *antecedente* — “atividade de risco” —, mas não no *consequente*, que é o regime de responsabilidade civil objetiva). Já nas cláusulas gerais, a tessitura é aberta nos dois polos normativos (*antecedente* e *consequente* jurídico), abrindo-se ao magistrado a possibilidade de “criar” prudencialmente o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência da hipótese normativa.

“10. The limited legislative authority to regulate hours of labor in special occupations, on the ground of health, affords no support to a wage-fixing law — the two subjects are essentially different. P. 261 U. S. 553.

“11. The Minimum Wage Act of Sept. 19, 1918, c. 174, 40 Stat. 960, in assuming to authorize the fixing of minimum wage standards for adult women, in any occupation in the District of Columbia, such standards to be based wholly upon what a board and its advisers may find to be an adequate wage to meet the necessary cost of living for women workers in each particular calling and to maintain them in good health and protect their morals, is an unconstitutional interference with the liberty of contract. P. 261 U. S. 554. [...]”.

VIII. Muitos anos antes, em *Coppage v. Kansas* (236 U.S. 1, 1915), já se havia reputado inconstitucional, por violação à Quinta Emenda — e, portanto, ao devido processo legal substantivo (no paradigma “*A-to-B*”) —, uma lei do Estado do Kansas que proibia e criminalizava, como “*misdemeanor*” punível com multa ou prisão, os chamados “*yellow-dog contracts*”, i.e., os acordos individuais que os empregadores impunham a seus empregados para que esses se abstivessem de qualquer filiação a sindicatos enquanto estivessem em vigor os respectivos contratos de trabalho. A *U.S. Supreme Court* entendeu que a lei estadual houvera tisonado a garantia constitucional do “*due process*”, por justamente interferir com a liberdade de contrato de empresários e trabalhadores (antecipando, em mais de um lustro, a “*ratio decidendi*” de *Lochner v. New York*). Lê-se na decisão:

“[...] The employee's liberty of making contracts does not include a liberty to procure employment from an unwilling employer or without a fair understanding. Nor may the employer be foreclosed by legislation from exercising the same freedom of choice that is accorded to the employee.

“To ask a man to agree in advance to refrain from affiliation with the union while retaining a certain position of employment is not to ask him to give up any part of his constitutional freedom. He is free to decline the employment on those terms, just as the employer may decline to offer employment on any other, and, having accepted employment on those terms, the employee is still free to join the union when the period of employment expires, or, if employed at will, then at any time upon simply quitting the employment, and if bound by his own agreement to refrain from joining during a stated period of employment, he is in no

different situation from that which is necessarily incident to term contracts in general.

“Constitutional freedom of contract does not mean that a party is to be as free after making a contract as before; he is not free to break it without accountability.

“Freedom of contract, from the very nature of the thing, can be enjoyed only by being exercised, and each particular exercise of it involves making an engagement which if fulfilled prevents for the time any inconsistent course of conduct. [...]”.

IX. A par desses, houve inúmeros outros, especialmente no âmbito federal (mas também nos Estados, como vimos). “*Ad exemplum*”:

- *Adair v. United States* (1908), invalidando legislação federal que proibia às companhias de transporte ferroviário a celebração de “*yellow-dog contracts*” (como em *Coppage v. Kansas*);

- *Miller v. Wilson* (1915), mantendo lei da Califórnia que limitava a duração do trabalho feminino nas minas (1911), mas afirmando, em célebre voto do *justice* HUGHES, que os tribunais poderiam apreciar a racionalidade e a razoabilidade das restrições impostas pelo poder público às liberdades dos cidadãos⁸⁸⁵;

- *Hammer v. Dagenhart* (1918), invalidando legislação federal que regulamentava condições mínimas para o trabalho infantil;

- *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922), recusando constitucionalidade a taxas federais impostas no comércio interestadual em detrimento de empregadores que empregassem mão-de-obra infantil;

- *Retirement Board v. Alton Railroad Company* (1935), invalidando o *Railroad Retirement Pension Act* por considerar que as condições estabelecidas para o financiamento e a aquisição dos direitos de pensão (assim, *e.g.*, quanto à idade fixada para as pensões e às categorias de trabalhadores beneficiadas) eram arbitrárias e irrazoáveis, violando o devido

⁸⁸⁵ *In verbis*: “As the liberty of contract guaranteed by the Constitution is freedom from arbitrary restraint,—not immunity from reasonable regulation to safeguard the public interest,—the question is **whether the restrictions of the statute have reasonable relation to a proper purpose**. *Chicago, B. & Q. R. Co. v. McGuire*, 219 U. S. 549, 567, 55 L. ed. 328, 338, 31 Sup. Ct. Rep. 259; *Erie R. Co. v. Williams*, 233 U. S. 685, 699, 58 L. ed. 1155, 1160, 51 L.R.A.(N.S.) 1097, 34 Sup. Ct. Rep. 761; *Coppage v. Kansas*, 236 U. S. 1, 18, 59 L. ed. —, 35 Sup. Ct. Rep. 240. Upon this point, the recent decisions of this court upholding other statutes limiting the hours of labor of women must be regarded as decisive” (236 U.S. 373, 1915). Cf. <http://openjurist.org/236/us/373/miller-v-f-p-wilson>, acesso em 14.01.2011 (g.n.).

processo substantivo consagrado pela Emenda n. V (paradigma “*A-to-B*”, ante o prejuízo econômico às empresas do setor⁸⁸⁶).

E, como esses, ainda outros, aqui omitidos.

Constata-se, em todos esses precedentes (ns. IV a IX), que a doutrina do “*economic substantive due process*” sufragou uma **ideologia ultraliberal** no julgamento de casos envolvendo direitos sociais em sentido estrito⁸⁸⁷. Chega-se a sistematizar (com explícita referência aos precedentes), no próprio caso *Adkins v. Children’s Hospital* (*supra*, n. VII), um rol de hipóteses de leis constitucionalmente írritas, por “limitarem” a (plena) liberdade de contratar entre empregadores e trabalhadores. Vejamos:

“(a) Statutes fixing the rates and charges of businesses affected by a public interest. P. 261 U. S. 546.

“(b) Statutes relating to the performance of contracts for public work. P. 261 U. S. 547.

“(c) Statutes prescribing the character, methods and time for payment of wages. *Id.*

“(d) Statutes fixing hours of labor. *Id.*”.

Como bem se sabe, o reconhecimento universal da *hipossuficiência econômica* e da *desigualdade relativa* do trabalhador no imo dos contratos de trabalho (alienado do modo e dos meios de produção, sujeito à dependência econômica e amiúde reduzido a “exército de reserva” das corporações capitalistas), notadamente após as revoluções industriais dos séculos XVIII e XX, justificou em todo o mundo ocidental a edição de **leis trabalhistas** que resguardassem estatutariamente direitos sociais mínimos, a despeito de quaisquer

⁸⁸⁶ *In verbis*: “The scheme of pooling the contributions of all the carriers and treating all as though there were one employer operates unconstitutionally (a) by discrimination against carriers having relatively few, if any, superannuated employees (p. 295 U. S. 355); (b) by requiring solvent carriers to contribute for employees of the insolvent (p. 295 U. S. 356); (c) by forcing carriers to pay for past service of employees of carriers no longer in existence (p. *id.*), and (d) by forcing them to insure repayment, to employees or their estates, of the amounts of the employees’ contributions” (295 U. S. 330, 1935).

⁸⁸⁷ Com essa expressão significaremos, doravante, **direitos trabalhistas** em sentido próprio (horas extraordinárias, salário mínimo, saúde e segurança no trabalho, etc.). Sobre a tendência ultraliberal, v. Nunes Pereira, *O princípio...*, pp.184-185 — a reportar o “comprometimento da Suprema Corte com um constitucionalismo liberal (típico do modelo hermenêutico não-originalista) — **laissez-faire constitutionalism** — e as investidas legislativas tendentes a redistribuir o poder de barganha entre capital e trabalho” (g.n.).

negociações e a salvo da lei econômica de oferta e procura (que na prática solapava os salários, em especial nos segmentos industriais, diante da crescente oferta e da estável ou mesmo decrescente demanda de mão-de-obra). Chega-se mesmo a falar em um **Estado social**, em substituição ao Estado liberal, como veremos abaixo (§22º).

Nos Estados Unidos da América, porém, a doutrina do “*economic substantive due process*” representou, no primeiro terço do século XX, um importante obstáculo aos direitos sociais “*stricto sensu*” e à própria positividade legal do Direito do Trabalho.

X. Em seara não trabalhista, vale mencionar o caso *Allgeyer v. Louisiana* (165 U.S. 578, 1897), nos derradeiros anos do século XIX, em que se invalidou lei estadual da Louisiana (1894) que proibia às empresas estrangeiras sem representação local quaisquer negócios em seus limites territoriais. Tal lei foi intitulada “*an act to prevent persons, corporations or firms from dealing with marine insurance companies that have not complied with law*” e pretendia prevenir fraudes perpetradas em contratos de seguros marítimos firmados entre cidadãos e empresas da Louisiana e companhias de fora do Estado.

No entanto, a *U.S. Supreme Court* entendeu, de modo similar ao caso *Lochner* (e também antecipando-o), que a “*due process clause*” da Emenda n. XIV protegia a *liberdade de contratar* individual, o que tornava inconstitucional qualquer lei a restringir desarrazoada ou desnecessariamente essa mesma liberdade. Conforme o voto do *justice* PECKHAN (em decisão unânime),

“[...] the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned”.

XI. A doutrina do “*economic substantive due process*” embotaria no último quartel da primeira metade do século XX. Essa derrocada foi significativamente sinalizada ainda em 1917, com o caso *Buchanan v. Warley* (245 U.S. 60).

Começemos por ele o tópico seguinte.

10.1.5.3. TERCEIRA FASE. “*NONECONOMIC SUBSTANTIVE DUE PROCES*”: O “*DUE PROCESS*” COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

I. A terceira fase da hermenêutica constitucional do “*due process of law*” estadunidense, que ora denominaremos **fase do “*noneconomic substantive due process*”**, resplandece a partir de 1937 e chega a nossos dias.

Vinte anos antes, em 1917, esta derradeira fase já vinha anunciada no caso *Buchanan v. Warley*, como apontávamos acima. Neste conhecido precedente, a *U.S. Supreme Court* derrubou, em elaborado voto do *justice* DAY, ordenança administrativa do município de Louisville (Kentucky, 1916) que, sob o pálio do chamado “*police power*”, proibia a venda, a negros, de casas situadas em blocos residenciais habitados por maioria branca. Detectou-se uma arbitrária intromissão do Estado no direito de propriedade dos brancos — que afinal poderiam querer vender imóveis a negros —, com conseqüente violação ao princípio do devido processo legal vazado na Emenda n. XIV (ainda na perspectiva da “*economic doctrine*”). Mas não foi só. Na fundamentação, DAY recusou a tese de que a restrição consubstanciaria exercício razoável do poder de polícia regulatório (a bem da pacificação social, da manutenção dos preços dos imóveis e até da “redução da miscigenação”); e a recusou não por razões econômicas, mas sobretudo por razões *humanitárias* (ligadas aos princípios da isonomia e da não discriminação): nenhuma

iniciativa pública, ainda se válida e bem-intencionada, poderia chancelar a *segregação* e a própria *discriminação racial*⁸⁸⁸. *In verbis*:

“A city ordinance forbidding colored persons from occupying houses as residences, or places of abode or public assembly, on blocks where the majority of the houses are occupied by white persons for those purposes, and in like manner forbidding white persons when the conditions as to occupancy are reversed, and which bases the interdiction upon color, and nothing more, passes the legitimate bounds of police power, and invades the civil right to acquire, enjoy and use property, which **is guaranteed in equal measure to all citizens, white or colored, by the Fourteenth Amendment.**

“Such a prohibition cannot be sustained upon the grounds that, through race segregation, it serves to diminish miscegenation and promotes the public peace by averting race hostility and conflict, or that it prevents deterioration in value of property owned and occupied by white people; nor does the fact that, upon its face, it applies impartially to both races relieve it from **the vice of discrimination** or obviate **the objection that it deprives of property without due process of law.** *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, and *Berea College Case*, 211 U.S. 45, distinguished” (g.n.).

II. Em paralelo a essa espontânea inflexão de tendência, também é certo, por outro lado, que o “ativismo judicial” deflagrado na Suprema Corte com a doutrina do “*economic substantive due process*” passou a representar, na década de trinta, um grande empecilho ao projeto econômico e às políticas públicas eleitas pelo Governo Federal. Com efeito, muitos julgados se opunham visceralmente às políticas intervencionistas do *New Deal* de FRANKLIN D. ROOSEVELT⁸⁸⁹, na intenção de preservar a propriedade, a liberdade contratual, o livre comércio ou mesmo o federalismo. Vejam-se, por exemplo, *Panama Refining Company v. Ryan* (1935), *Schechter v. United States* (1935), *Louisville Bank v. Radford* (1935), *Carter v. Carter Coal Company* (1936), e assim sucessivamente.

⁸⁸⁸ Sobre o teor desse mesmo julgado e suas repercussões sociais, com contextualização judicial e histórica, v. ainda Roger L. Rice, “*Residential Segregation by Law: 1910-1917*”, in *The Journal of Southern History*, Southern Historical Association, v. 34, n. 2 (May, 1968), pp. 179-199 (<http://www.jstor.org/stable/2204656>, acesso em 14.01.2011).

⁸⁸⁹ Nas palavras de NUNES PEREIRA, “*a defesa dos juízes quanto à propriedade e à liberdade econômica colidiam com a política do Nwe Deal. Enquanto o juiz Hughes adotava uma posição conciliatória, uma pequena maioria rejeitava a interferência estatal no direito de propriedade e na liberdade contratual*” (*O princípio...*, p.196). ROOSEVELT ocupou a Presidência dos Estados Unidos da América entre 1933 e 1945.

Por conta disso, colimando sepultar o ativismo judicial de corte liberal que arrevesava as políticas econômicas e sociais do governo, ROOSEVELT tentou aprovar no Congresso Nacional, em 1937, o *Court-packing plan*, alterando a dinâmica de composição da *U.S. Supreme Court* com o alegado propósito de “renovar” mais frequentemente os seus quadros, adequando-a às complexidades da vida moderna. O Presidente dos Estados Unidos foi então autorizado a indicar um membro a mais do número de *justices* existente na Suprema Corte sempre que um juiz que houvesse servido por pelo menos dez anos deixasse de se aposentar nos seis meses ulteriores ao seu aniversário de setenta anos. No ano de 1937, isso significaria possibilitar a ROOSEVELT nomear até seis juízes novos, todos provavelmente alinhados com a “nova visão”.

III. No entanto, uma vez que nem mesmo seu partido (o *Democratic party*) o apoiou, e diante da forte reação negativa experimentada junto à imprensa e à opinião pública, ROOSEVELT terminou amargando a rejeição de seu *Court-packing plan* no Congresso Nacional. Nada obstante, a referida tentativa marcou, ao menos para efeitos didáticos, o fim da chamada “*era Lochner*” na hermenêutica da “*due process clause*”. É que a partir de então, sentindo-se aparentemente intimidada⁸⁹⁰, a *U.S. Supreme Court* retraiu-se, passando a adotar linhas de entendimento menos arrojadas e mais dóceis para com o intervencionismo estatal (outorgando aos respectivos atos normativos uma inédita presunção de constitucionalidade). Ao menos tempo, precipitou-se a viragem semântica já insinuada em 1917, que realmente convergia para a ideia de um Estado-interventor que garantisse a realização dos chamados *direitos de prestação* (habitação, educação, previdência social, direitos sociais em sentido estrito, etc.).

Assim é que, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (300 U.S. 379) — julgado naquele mesmo ano de 1937 —, a *U.S. Supreme Court* infletiu bruscamente a tendência de sua série histórica de decisões. Ao examinar lei do Estado de Washington que fixava um salário mínimo para as mulheres (como outrora se viu em *Adkins v. Children’s Hospital*,

⁸⁹⁰ Nesse sentido, cf. David M. O’Brien, *What process is due? Courts and science-policy disputes*, New York, Russel Sage Foundation, 1987, p.111; Kelly et al., *The American Constitution*, p.486 (“It is usually said that in the Court-packing controversy President Roosevelt’s lost the battle but won the war, in the sense that the Supreme Court went on to approve New Deal policies and constitutional doctrines”).

sob a censura final da Suprema Corte⁸⁹¹), refutou a tese de inconstitucionalidade fundada na violação do devido processo substantivo (Emenda n. XIV), argumentando tratar-se de legítimo exercício do “*policy power*” estatal para a garantia de direitos sociais mínimos. Na dicção do *justice* HUGHES⁸⁹²,

“1. Deprivation of liberty to contract is forbidden by the Constitution if without due process of law, but **restraint or regulation of this liberty, if reasonable in relation to its subject and if adopted for the protection of the community against evils menacing the health, safety, morals and welfare of the people, is due process.** P. 300 U. S. 391.

“2. In dealing with the relation of employer and employed, the legislature has necessarily a wide field of discretion in order that there may be suitable protection of health and safety, and that peace and good order may be promoted through regulations designed to insure wholesome conditions of work and freedom from oppression. P. 300 U. S. 393.

“3. **The State has a special interest in protecting women against employment contracts which through poor working conditions,** long hours or scant wages may leave them inadequately supported and undermine their health; because:

(1) The health of women is peculiarly related to the vigor of the race;

(2) Women are especially liable to be overreached and exploited by unscrupulous employers; and

(3) This exploitation and denial of a living wage is not only detrimental to the health and wellbeing of the women affected, but casts a direct burden for their support upon the community. Pp. 300 U. S. 394, 300 U. S. 398, *et seq.*” (*g.n.*).

É realmente notável a inflexão discursiva, particularmente em relação aos excertos transcritos no tópico anteriores (10.1.5.2). Ilustra com perfeição, ademais, o fenômeno que os constitucionalistas têm denominado de “mutação constitucional”⁸⁹³ (em relação ao texto

⁸⁹¹ *Supra*, tópico 10.1.5.2, VIII (61 U.S. 525).

⁸⁹² Mas a decisão foi, como se poderia intuir, francamente dividida. Com HUGHES votaram BRANDEIS, STONE, ROBERTS e CARDOZO (cinco votos). E com o voto dissidente (de SUTHERLAND), que mantinha a tendência anterior (do “*economic due process*”), votaram VAN DEVANTER, McREYNOLDS e BUTLER (quatro votos).

⁸⁹³ Cf., por todos, Gilmar Mendes *et al.*, *Curso...*, p.130. *In verbis*: “[...] as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no

da Emenda n. XIV). Superava-se, desse modo, a perspectiva “econômica” da tutela proporcionada pela “*due process clause*”, para debelar, por um lado, o ativismo judicial de fundo ultraliberal que obstaculizava as políticas do *New Deal*; e, por outro, para estendê-la (a tutela) a todo e qualquer **direito fundamental** consagrado na Constituição norte-americana — e com especial cautela para os “*noneconomic rights*” (até então negligenciados, no marco do devido processo, pela jurisprudência da *U.S. Supreme Court*), amiúde na perspectiva da “*equal protection*” (*supra*, tópico 10.1.5.3, ns. I e III), como já se anunciava em *Buchanan v. Warley*⁸⁹⁴.

IV. Há vários outros julgados representativos da viragem semântica assim operada, privilegiando o controle de constitucionalidade pela perspectiva maior dos “*civil rights*” (= direitos e liberdades fundamentais) e já não apenas pelo estrito cadinho dos “*economic rights*” (adstritos às questões de propriedade, comércio e liberdade contratual). Trabalhemos com dois deles.

Em *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), analisando lei do Estado de Connecticut que criminalizava o uso de contraceptivos, a Suprema Corte decidiu invalidá-la por violação à Décima Quarta Emenda (“*substantive due process*”), no que resguardava o

prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação [...]. Vistas a essa luz, portanto, as modificações constitucionais são decorrentes — nisso residiria a sua especificidade — da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição — pluralista por antonomásia — intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte”. Disso tudo não poderia haver exemplo mais exato que *Roe v. Wade*.

⁸⁹⁴ A aproximação desses âmbitos de tutela constitucional chega, por exemplo, a *Boiling v. Sharte* (347 U.S. 497, 1954): “(a) Though the Fifth Amendment does not contain an equal protection clause, as does the Fourteenth Amendment, which applies only to the States, the concepts of equal protection and due process are not mutually exclusive; (b) Discrimination may be so unjustifiable as to be violated of due process”. Observe-se, por outro lado, que esse “flerte” primacial entre o “*substantive due process*” e a “*equal protection*”, se ainda tem manifestações frequentes, não impediu a doutrina de extremar criteriosamente os dois conceitos, ao menos quanto aos seus “métodos de análise”. Assim, para os dias de hoje, cf., por todos, NOWAK e ROTUNDA: “*The difference in the method of analysis under the due process and equal protection guarantees relates only to whether or not the governmental act classifies persons. Whenever fundamental rights are limited, the laws will have to promote an overriding or compelling interest of government in order to be valid under either clause. When the governmental action relates only to matters of economics or general social welfare, the law need only rationally relate to a legitimate governmental purpose. If the law does not classify individuals, it will be subjected to the due process guarantee. However, if the means the law employs to achieve its end is the classification of persons for differing benefits or burdens, it will be tested under the equal protection guarantee*” (*Constitutional law*, pp.681-682 — g.n.) . Sobre o juízo de proporcionalidade na perspectiva da “*equal protection*”, v., abaixo, o tópico 15.1, ns. I, II e III).

direito à privacidade (“*right of privacy*”) — e, nesse sentido, a própria *privacidade marital*. O *justice* WILLIAM O. DOUGLAS pontificou, a propósito, que a “*privacy*” podia ser seguramente identificada em “penumbras” e “*emanações*” de algumas outras salvaguardas constitucionais, conquanto não emergisse explícita do *Bill of Rights* estadunidense (o que remete ao conceito mais contemporâneo de *direitos fundamentais constitucionalmente adscritos*: v., *supra*, nota n. 150; *infra*, §33º). Ao *judice* JOHN MARSHALL HARLAN II coube, por seu turno, apresentar voto convergente no qual afirmava que o direito à privacidade estaria constitucionalmente protegido sob o manto direto da “*due process clause*” da Emenda n. XIV. HUGO BLACK e POTTER STEWART divergiram. Pelo quanto decidido, e à vista do alcance das discussões travadas, críticos acusaram a Suprema Corte de protagonizar, no caso *Griswold*, uma teratológico teatro de “*judicial activism*” — o que demonstrava, afinal, que o ativismo judicial não estava morto com a superação da “*era Lochner*”. Apenas *reencontrava sua vereda*, já não com o norte do liberalismo econômico, mas com o norte das liberdades civis.

No cinematográfico *Roe v. Wade*⁸⁹⁵ (410 U.S. 113, 1973), a Suprema Corte invalidou a lei texana anti-aborto por entendê-la excessivamente restritiva, já que declarava lícitos apenas os abortos praticados para resguardar a vida da mãe, criminalizando todas as demais hipóteses (gravidez decorrente de estupro, feto anencefálico, etc.). Semelhante rigor violava importante aspecto da liberdade da mulher: o seu *direito à privacidade*, a albergar — na linha de *Griswold v. Connecticut* (expressamente invocado) — o próprio direito de decidir pelo abortamento. O governo estadual somente poderia ser intrusivo a esse ponto se os interesses em jogo tornassem a restrição justa, razoável e apropriada (“*fair, reasonable and appropriated*”; a mesma fórmula do caso *Lochner*, abstraído o seu contexto econômico⁸⁹⁶); mas não era essa a hipótese. Daí concluir-se, no voto do *justice* BLACKMUN, que

“3. State criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother's behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests *involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the*

⁸⁹⁵ Cf. “*Roe vs. Wade*” (1989), do diretor Gregory Hoblit, com Holly Hunter e Jeff Allin (*Paramount*).

⁸⁹⁶ John Orth, *Due process...*, p.78.

right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman's health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a "compelling" point at various stages of the woman's approach to term. Pp. 410 U. S. 147-164. [...]

“**XI**

“To summarize and to repeat:

“**1.** A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is **violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.** [...]” (*g.n.*).

Esses dois casos bem revelam o quanto se distendeu o foco hermenêutico da “*due process clause*” na terceira fase, possibilitando o controle de constitucionalidade de leis penais na perspectiva de direitos fundamentais tão contextualmente invulgares como o direito à privacidade e, em certo sentido, o próprio direito à vida (em *Roe v. Wade*). Tangências que jamais se imaginariam na fase do “*economic substantive due process*”.

V. Desse modo — e por esses caminhos — construiu-se e consolidou-se o atual modelo hermenêutico dominante na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*. Para efeitos de “*judicial review*”, a “*due process clause*” preserva, ao lado de sua função de garantia no plano estritamente processual (paradigma “*no making a man in his own case*” e todos os seus corolários⁸⁹⁷), uma clara **função de tutela substantiva** (= “*substantive due process*”) diretamente atrelada aos *direitos fundamentais* consagrados na Constituição dos Estados Unidos da América. Essa função de tutela substantiva já não alberga, todavia, a mesma largueza de possibilidades e a mesma pulsão liberal da segunda fase de sua hermenêutica constitucional (“*economic substantive due process*”). Tem, ao revés, limites bem claros:

(a) o “*judicial review*” tem papel *residual*, se não mesmo *excepcional*, servindo exclusivamente à tutela judicial de valores constitucionais fundamentais que se vejam

⁸⁹⁷ *Supra*, tópico 10.1.5.1.

significativamente agredidos por atos normativos dimanados pelos outros poderes públicos (i.e., “*minimal judicial review*” sob um “*rationality standard*”)⁸⁹⁸;

(b) a legislação regulatória para políticas sociais e econômicas (“*economic and social welfare legislation*”) goza de presunção de constitucionalidade⁸⁹⁹, se não interfere com direitos fundamentais da pessoa humana;

(c) os outros poderes públicos têm ampla liberdade para lidar com questões de bem-estar econômico e social que não afetem direitos fundamentais e nem envolvam classes de pessoas às quais a Constituição reserve especial proteção judicial⁹⁰⁰;

(d) o Poder Judiciário não está acima dos outros poderes públicos e nem deve atuar como um “superlegislativo” (“*the judiciary may not sit as a superlegislative to judge the wisdom or desirability of legislative policy determinations*”)⁹⁰¹.

Com isso, a *U.S. Supreme Court* deixou definitivamente de circunscrever suas preocupações com o “*substantive due process*” ao campo econômico, redirecionando-as ao controle de leis e atos normativos limitativos de *direitos fundamentais* em geral⁹⁰². Buscou fazê-lo, ademais, com a devida calibragem da *razoabilidade* em relação a fins.

A doutrina do “*noneconomic substantive due process*” proporcionou, portanto, uma valiosa técnica de decisão tendente à **concretização** daqueles direitos fundamentais; e já não apenas os de primeira geração (em especial as *liberdades*, que vinham de ser bem guardadas desde a fase do “*economic due process*”), mas também os direitos humanos de

⁸⁹⁸ Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, p.393.

⁸⁹⁹ *Idem, ibidem*. Cf. também Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.203 e 205, bem alertando que “a tese da presunção de constitucionalidade das leis em matéria econômica não alcançou, contudo, as leis restritivas de direitos fundamentais ou liberdades civis. Nesse campo, dava-se exatamente o inverso, uma vez que as políticas governamentais que oneravam os direitos fundamentais eram vistas como intrinsecamente suspeitas (inherently suspect) e presumivelmente inválidas (presumptively invalid)” — o que nos remete à teoria das “*preferred freedoms*”, desenvolvida pelo justice STONE em *United States v. Carolene Products* (304 U.S. 144, 1938).

⁹⁰⁰ Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, p.391.

⁹⁰¹ Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, p.389.

⁹⁰² Nunes Pereira, *O princípio...*, p.206.

segunda e de terceira geração, na medida em que se favoreceu o reconhecimento de legitimidade constitucional de atos normativos (sejam eles legislativos ou administrativos) que, se restringem direitos e liberdades fundamentais como a propriedade ou a liberdade contratual, fazem-no de modo **proporcional** e **razoável** em relação aos objetivos que colimam (notadamente a *saúde*, a *segurança* e/ou o *bem-estar* das pessoas).

10.2. O DEVIDO PROCESSO NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789) E NAS CONSTITUIÇÕES FRANCESAS DE 1793 E DE 1848⁹⁰³

I. A *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (DDHC), divulgada em 26.08.1789 e oficializada em 03.11.1789 pelas “*lettres patentes*” de LOUIS XVI, é um dos textos fundamentais da Revolução Francesa, se não o mais relevante de todos eles. Marcou o repúdio burguês ao “*Ancien Régime*” e enunciou um conjunto de direitos inatos da pessoa, tanto individuais como coletivos, em uma série de dezessete artigos, afora o preâmbulo.

Teve lugar após a reunião dos representantes dos Estados Gerais — convocados por LOUIS XVI em 08.08.1788 — em 1º de maio de 1789, em Versailles, para discutir uma reforma fiscal que contornasse o insustentável déficit do reino. Rebelando-se contra o discurso vigente (sem espírito de inovação) e contra as manobras dos deputados da nobreza e do clero (respectivamente o Primeiro e o Segundo Estado), que totalizavam apenas 561

⁹⁰³ Omitimos propositalmente a Constituição de 1791, conquanto seja a primeira Constituição formal europeia completa e muito possuísse sobre processos e procedimentos perante o Poder Judiciário (Capítulo V, artigos 1º a 27), pelo seu limitadíssimo período de vigência e pela sua adoção ainda durante a monarquia. Tais objeções, diga-se, não se aplicam à DDHC, porque “*a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por seu valor de texto recognitivo constatando direitos preexistentes, era suscetível de sobreviver à queda da monarquia e ao desaparecimento da Constituição de 1791, consumado em 10 de agosto de 1792*” (Jean-Jacques Israel, *Direito...*, pp.105-106) — como de fato aconteceu. Omitem-se também todas as constituições francesas entre 1795 (*Constitution de l’an III* — inclusive) e 1848 (*Constitution de la 2^{ème} République* — exclusive), porque pouco ou nada acrescentariam a este estudo. Nas palavras de LEBRETON, “*De 1792 à 1848, les constitutions révolutionnaires, les constitutions napoléoniennes, et les chartes qui se succèdent reprennent toutes la plupart des principes de 1789. Leurs serments de fidélité à la Déclaration [de 1789] ne sont hélas guère respectés en pratique*” (Gilles Lebreton, *Libertés publiques et droits de l’Homme*, 7^e éd., Paris, Armand Colin/Dalloz, 2005, p.80).

cadeiras e pretendiam votar por classes (cada estado, um voto) — garantindo com isso maiorias e preservando os privilégios comuns —, os representantes do Terceiro Estado (burguesia comercial e pequenos proprietários), que somavam 578 cadeiras, invadiram a sala do jogo de pela e se declararam indissolúvelmente reunidos até a votação de uma Constituição escrita para a França (o célebre “*serment du jeu de paume*”, de junho de 1789). Proclamaram a “Assembleia Nacional” (17.06.1789) e pouco depois a “Assembleia Nacional Constituinte” (agora com vários deputados do baixo clero), que funcionaria de 09.07.1789 a 30.09.1791 (coincidindo com o primeiro período da Revolução Francesa).

II. Uma vez organizados, os constituintes deliberaram inicialmente redigir uma declaração de princípios fundamentais a partir do que se estabeleceria uma Constituição para a França, dentre os quais — e prioritariamente — a *abolição dos privilégios feudais* (de sangue e de tradição), afinal consumada pelos decretos de 4 e 11.08.1789 e pelo próprio artigo 1º da DDHC⁹⁰⁴. As discussões se iniciaram com um projeto de vinte e quatro artigos, redigido sob a direção de JÉRÔME CHAMPION DE CICÉ⁹⁰⁵. Seus artigos foram votados um a um, entre os dias 20 e 26.08.1789, interrompendo-se então as discussões, logo após a adoção do artigo 17 (sobre o direito de propriedade), para que tivessem lugar os debates sobre os artigos da própria Constituição francesa. No final (26.08.1789), distribuída entre um preâmbulo e os dezessete artigos subsequentes, veio a lume verdadeira síntese do pensamento iluminista liberal e burguês que inspirara o ímpeto reformista do Terceiro Estado, sob inegável influência da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (*supra*, tópico 10.1.3): liberdade, igualdade, propriedade, segurança, resistência à opressão.

Isso não significa que a DDHC fosse mera “reprodução” de textos e princípios versados na Declaração de Independência de 04.07.1776, ou mesmo daqueles vazados nas declarações anglo-saxônicas seiscentistas (em especial a *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689 — *supra*, tópicos 9.2.1 e 9.2.2), de indubitável inspiração luterana, como

⁹⁰⁴ “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*”.

⁹⁰⁵ DE CICÉ, chanceler francês nomeado pelo rei LOUIS XVI, foi grande conhecedor da filosofia política de TOMAS DE AQUINO, o que explica a distinção entre *direitos naturais* (i.e., “direitos do homem”) e *direitos do cidadão* na DDHC.

JELLINEK⁹⁰⁶ viria a afirmar em 1895. De fato, é falsa a versão que atribui ao marquês de LA FAYETTE — notório representante do grupo informal de treze deputados constituintes designados como “*Américains*” (entre os quais estavam o marquês de SÉGUR, o duque de LA ROCHEFOUCAULD D'ENVILLE e MATHIEU DE MONTMORENCY, todos envolvidos na Guerra da Independência) — a autoria do texto primitivo, com confessada propensão americanófila. Ao contrário: há pouco vimos que o texto primitivo de vinte e quatro artigos foi elaborado por um grupo de revolucionários reunidos sob a direção de DE CICÉ, sem a participação direta dos “*Américains*” e — acrescente-se — carente de convicções republicanas (*infra*). Já quanto à tese de JELLINEK, tampouco soa fidedigna. Bem afirmou BOUTMY que a DDHC não teve fonte de inspiração mais certa e evidente que “*la tradition philosophique et humaniste des Lumières*”⁹⁰⁷. E as Luzes do século XVIII — de VOLTAIRE (1694-1778), de MONTESQUIEU (1689-1755), de DIDEROT (1713-1784), de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) e de tantos outros — decerto não foram um fenômeno norte-americano ou sequer exclusivamente britânico.

III. Juntamente com a DDHC, o rei LOUIS XVI também formalizou, nas mesmas “*lettres patentes*”, os dezenove “*articles de Constitution*” de 1789 e uma série de decretos da Assembleia Nacional, compreendidos entre o de 04.08.1789 (que — referimos acima — “*détruit entièrement le régime féodal*”) e o de 03.11.1789 (decretando “*que tous les parlements du royaume continueront de rester en vacance*”).

Uma nova compreensão de mundo, povoada com novos parâmetros axiológicos, passou a configurar o espaço normogenético francês. Mas não se tratava, ainda, de uma concepção político-jurídica genuinamente *democrática*. Como observou HOBBSAWN⁹⁰⁸,

⁹⁰⁶ Georg Jellinek, *Die Erklärung des Menschen-und Bürgerrechts*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2006, *passim*.

⁹⁰⁷ Cf., a esse respeito, Émile Boutmy, *Études de droit constitutionnel: France-Angleterre-États-Unis*, 6^e éd., Paris, Armand Colin, 1913, *passim*. Reformista liberal francês, BOUTMY foi o fundador da “*École libre des sciences politiques*”.

⁹⁰⁸ Eric J. Hobsbawm, *A Revolução Francesa*, trad. Maria Tereza Lopes Teixeira, Marcos Penchell, 7^a ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2008, pp.20-21 (g.n.).

“as exigências do *burguês* foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. ‘Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis’, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno da ‘utilidade comum’. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam abertas ao talento; mas, se a corrida começava sem empecilhos, pressupunha-se como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava (posição contrária à hierarquia da nobreza ou absolutismo) que ‘todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis’; mas ‘tanto pessoalmente como por meio de seus representantes’. E a assembleia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembleia democrática eleita, tampouco, no regime que estava implícito, pretendia-se eliminar os reis. **Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática** que poderia parecer uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem esta causa. Mas, de modo geral, **o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo**, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e de um governo de contribuintes e proprietários”⁹⁰⁹.

O excerto termina por confirmar, aliás, as sensíveis diferenças de fundo (= pensamento jurídico) e de forma (= texto jurídico) que se podem encontrar entre os pressupostos jurídicos da Revolução Francesa e aqueles da Revolução Americana (*supra*, tópicos 10.1.2 e 10.1.3), como vínhamos de apontar há pouco. Revela, por outro lado, que “constitucionalismo” não se confunde com democracia — o que nos permite afirmar, inclusive para os propósitos deste trabalho, que a confusão entre as noções de “*due process of law*” e *processo* (judicial) *formalmente constitucional* não garante absolutamente um processo judicial de feitio *democrático* (o que mais tem a ver com a correta *atitude*

⁹⁰⁹ Embora a pretensão do regime sempre a de fosse expressar a “vontade geral do povo” (“*la volonté générale*”), i.e., a vontade de toda a nação francesa. Afinal, conforme a própria DDHC, a fonte de toda a soberania seria a *nação* (artigo 3º) — e não o *povo*, como veremos (o que não deixa de ser curioso). V. HOBBSAWN, *op.cit.*, p.21.

conformativa, voltada para o *estabelecimento de relações interpessoais legítimas* no “nosso” mundo de sociedade, do que com o atendimento a formas constitucionais — sobre isso, v., *supra*, tópico 5.2, item VI, onde buscamos demonstrar essa característica do discurso jurídico/judicial).

Mas, na França, a República e a Democracia afinal vieram, com o tempo (*infra*, n. VI). E não desgastaram o monumento jurídico de 1789: a vigência da *Déclaration des Droits de l’Homme e du Citoyen* tem sido reafirmada pelo *Conseil constitutionnel* francês desde o ano de 1971⁹¹⁰. Com efeito, as suas disposições são ainda hoje consideradas parte integrante do direito positivo francês, ocupando na França o ápice da sua hierarquia normativa⁹¹¹.

IV. Consoante lições de ISRAEL⁹¹² e de WORMS⁹¹³, é preciso entender que a Declaração de 1789 é um polo histórico referencial, que não funciona sem a consideração dialética, em um processo discursivo e evolutivo, dos outros dois polos históricos consequentes, que são a *reivindicação* e a *proteção*. Mas, dentro daquilo que pretendeu ser — i.e., um *ato recognitivo* de direitos inerentes à própria natureza humana (a DDHC di-los “direitos naturais”) —, a Declaração desdobra-se em sete eixos fundamentais:

(a) a afirmação da existência de direitos individuais anteriores e superiores ao Estado;

(b) a afirmação de que os homens, que nascem e permanecem livres e iguais em direitos (artigo 1º), reúnem-se em nação, de onde se deriva o princípio da soberania

⁹¹⁰ V. *Décision* nº 71-44 DC, de 16.07.1971 (sobre liberdade de associação); e, bem mais recentemente, a *Décision* nº 73-51 DC, de 27.12.1973, que declarou a DDHC *integrada* ao “*bloc de constitutionnalité*” francês, em razão da referência que o preâmbulo da atual Constituição francesa (de 1958) faz à Declaração de 1789.

⁹¹¹ Jean-Jacques Israel, *Direito...*, pp.101-103.

⁹¹² *Direito...*, pp.83-89.

⁹¹³ Frédéric Worms, *Droits de l’homme et philosophie*, Paris, Presses Pocket, 1993, p.55.

nacional (artigo 3º), em oposição à ideia de “soberania popular” (porque a soberania reside essencialmente na *nação*, que detém identidade política e de classes⁹¹⁴);

(c) o reconhecimento histórico da liberdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão (artigo 2º), ao lado da própria igualdade (artigos 1º e 6º), como direitos “naturais” e “imprescritíveis” do homem;

(d) o reconhecimento de que os direitos individuais são a fonte das liberdades públicas, que a lei organiza apenas para garantir àqueles mínimas condições de exercício (*e.g.*, artigos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13 e 17);

(e) o reconhecimento de que todos os cidadãos podem colaborar, de forma pessoal ou mediante representantes, na formação da lei, que sempre deve ser “*l’expression de la volonté générale*” (artigo 6º);

(f) a afirmação da responsabilidade dos agentes públicos perante a sociedade (artigo 15⁹¹⁵);

(g) a afirmação da identidade autorreferencial entre as ideias de *constitucionalismo*, *garantia de direitos fundamentais* e *separação de poderes* (logo, sociedades que não consagram os dois últimos aspectos “*não tem Constituição*” — artigo 16⁹¹⁶).

⁹¹⁴ O que forçosamente evoca, mais uma vez, a passagem de HOBBS sobre o “elitismo” relativo, velado e antidemocrático da Revolução Francesa de 1789 (*supra*, n. III). Na Constituição de 1793, a ideia de “soberania nacional” seria *substituída* pela de “soberania popular” (*infra*).

⁹¹⁵ “*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*”.

⁹¹⁶ “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”. O enunciado sugere que os constituintes franceses partilhavam uma concepção de Constituição que séculos depois ERNST FORSTHOFF elaboraria discursivamente em sua doutrina da “Constituição como garantia do *status quo* econômico e social” (cf. *Verfassungsprobleme des Sozialstaates*, Münster, Aschendorff, 1954, *passim*). Para criticá-la, CANOTILHO (*Constituição dirigente...*, pp.86-87) assim a qualificou: (a) a Constituição é vista como instrumento-garantia de um determinado “*status quo*” econômico e/ou social que se pretende criar ou preservar; (b) é uma teoria da Constituição “*em busca do Estado perdido*”; (c) é uma teoria da Constituição para um Estado de Direito meramente formal (o que — vimos acima com HOBBS — não deixa de ser verdadeiro no caso da DDHC, ao menos em seus primeiros tempos).

A DDHC tem por principais características, portanto, o *universalismo* — mediado pelo seu *individualismo* — e a *abstração*⁹¹⁷. Vejamos o que isso significou para a cláusula do devido processo.

V. No que diz com a cláusula do devido processo legal, convém à partida alertar que, distante da tradição jurídica anglo-saxônica, a Declaração de 1789 não esboça — exceto por um gancho retórico (item “d”, abaixo) — qualquer significado próximo ao que temos chamado de “*substantive due process*” (embora ali se possam reconhecer salvaguardas que historicamente foram associadas pela *U.S. Supreme Court* à “*due process clause*” americana, como p.ex. no artigo 16, em geral, e no artigo 8º, em específico⁹¹⁸). Limitamo-nos, pois, à dimensão do “*procedural due process*”, com aproximação para o que doutrina francesa identifica como “*procès équitable*”.

Nesse particular, reza o seu artigo 7º:

“Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que **dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites**. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais **tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant**; il se rend coupable par la résistance” (g.n.).

⁹¹⁷ Jean-Jacques Israel, *Direito...*, p.89. Para ISRAEL, a DDHC pretendeu-se universal porque “*não expressa apenas o direito francês de 1789, mas aqueles do homem e do cidadão, de todos os países e de todos os tempos*”, já que seriam direitos inerentes à própria condição humana; por outro lado, “*é profundamente individualista, fazendo do indivíduo a realidade primeira da ordem humana*” (pp.89-90). Evidentemente, o traço individualista pode, no seu limite, comprometer o da universalidade (pensado em termos humanísticos e não em meros termos político-nacionais), porque admite sacrifícios da coletividade ou de suas minorias para a plena garantia dos direitos e liberdades individuais.

⁹¹⁸ Com efeito, o *justice CHASE* aparentemente entendia bastar a “*due process clause*” para que a *U.S. Supreme Court* banisse do sistema legal todos os atos legislativos que violassem os paradigmas elencados em *Calder v. Bull* (tópico 10.1.5.2, II), independentemente de vedações constitucionais específicas. E ali se incluíam, como vimos, leis punitivas com efeitos retroativos (paradigma da “*ex post facto law*”), textualmente repelidas — em matéria penal — na Constituição americana (artigo 1º, seções 9º e 10), assim como na própria DDHC (artigo 8º). Mas para CHASE poderiam sê-lo, pela “*due process clause*” (dimensão substantiva), mesmo à míngua de proibição expressa. Leia-se: “*It is an interesting question of hypothetical history, whether the due process clause could have pressed into service in the prior cases as well, had the Federal Constitution not included an express ex post facto clause or contracts clause* [artigo 1º, seção 10 — apenas para os Estados]. *In other words, would the constitutional requirement of due process have been enough, by itself, to preclude laws punishing acts no criminal when committed or laws impairing the obligation of contracts? Possibly. Chase certainly thought that no specific prohibitions were required to ban any of the cases he listed. And later courts agreed that, insofar as the judge in his own case was concerned, general terms incorporating some at least of the ‘first great principles of the social compact’ were good enough*” (John Orth, *Due process...*, pp.39-40 [g.n.]).

Da leitura, em cotejo com as elucubrações havidas nos tópicos anteriores, pode-se concluir que:

(a) as garantias processuais enunciadas na DDHC circunscreveram-se basicamente ao âmbito do chamado **devido processo penal** (tópico 16.5.2), que amiúde suscitava as preocupações mais ingentes nas primeiras declarações de direitos (como se viu, p.ex., no *Bill of Rights* inglês, de 1689 — *supra*, 5.2.2);

(b) a DDHC aboliu, nesse ensejo, quaisquer expedientes de acusação formal, prisão ou detenção que não se fundassem em expressa *previsão legal* ou que se perpetrassem em desconformidade com as *formas legais*, manifestando mais uma vez a secular *função de garantia* que a **devida forma** reconhecidamente desempenha na processualística, como conquista civilizatória que, nesses termos semânticos, remonta pelo menos à Idade Média (e em especial ao direito processual canônico medieval — *supra*, tópico 8.4);

(c) em contrapartida, a *autoridade pública* é igualmente afirmada ao final do artigo 7º, em reflexão até então *inédita* nas declarações de direitos: uma vez dimanada ordem concreta de agente público a restringir as liberdades do cidadão, “*si et quando*” formulada em conformidade com as hipóteses e as formas legais, toma-se por *dever público* de seu destinatário a *imediata obediência*, sob pena de reputar-se culpado pela mera resistência;

(d) com isso, a DDHC elaborou uma sutil distinção entre o **justo material** e o **justo processual** (o que nos remete, uma vez mais, à distinção entre “*substantive due process*” e “*procedural due process*”): no curso da atividade procedimental-persecutória (judicial ou administrativa), ainda que a restrição das liberdades por ordem de autoridade pública revele-se ao final em desacordo com os fatos (na dimensão da prova) e/ou com o direito objetivo (na dimensão da interpretação/aplicação da lei) — o que significa dizer que tal restrição não foi materialmente justa —, ela *pode* e *deve* ser consumada, porque processualmente justa, se ao tempo da ordem houve obediência aos padrões constitucionais de mínima indenidade dos direitos fundamentais (“*substantive due process*”) — entre os quais a *previsão legal* da hipótese de restrição (i.e., a *legalidade* dos atos de império e o

paradigma da “*ex post facto law*” como manifestações autônomas do “*substantive due process*” — *supra*, tópicos 9.2.2, III, e 10.1.5.2) — e estrita observância dos ritos e das formas processuais (prazos, duração, condições, documentação, etc.: “*procedural due process*”). Tal distinção foi, ademais, levada à sua mais grave consequência: independentemente do julgamento final e definitivo acerca dos fatos e do direito objetivo, *desobedecer a ordem processualmente justa* implicaria tornar-se culpado pela resistência (i.e., a *ilicitude* da desobediência se fundaria tão somente na ideia do justo processual, independentemente do justo material). É o que decorre, ademais, do próprio artigo 9º da DDHC — com a ressalva de que “*s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi*”. Tudo a sugerir uma sólida intuição da natureza **abstrata** do processo, relativamente aos possíveis direitos materiais em jogo (o que viria a ser formulado como teoria somente dois séculos depois, com DEGENKOLB e PLÓSZ — *supra*, nota n. 364). E a revelar que, mesmo no marco do justo processual, manejam-se com utilidade tanto a dimensão do “*substantive due process*” (que se pode extrair da expressão “*dans les cas déterminés par la loi*”) como a do “*procedural due process*” (a se extrair da expressão “*selon les formes qu’elle a prescrites*”).

Com efeito, a doutrina francesa tem extraído deste artigo 7º diversas garantias processuais constitucionais adscritas (por entender que a expressão “*être accusé*” implica necessariamente a existência de um processo, ainda que as subsequentes — “*arrêté*” e “*détenu*” — possam dele factualmente prescindir⁹¹⁹), notadamente para o processo penal: as garantias da instrução, a independência judicial, a ampla defesa e o contraditório, o “*numerus clausus*” das hipóteses de detenção provisória, etc⁹²⁰. E, para além disso, o próprio *Conseil constitutionnel* tem se valido do preceito para reconhecer garantias processuais constitucionais extensivas ao processo civil, como se deu na *Décision* n. 76-70

⁹¹⁹ I.e., a norma se aplicaria mesmo àquela pessoa presa ou detida *sem qualquer processo* a respaldar a ordem da autoridade. Logo, o artigo 7º também protegeria a liberdade da pessoa física, *independentemente* da preexistência de um processo judicial ou administrativo a discuti-la (Jean-Jacques Israel, *Direito...*, p.436).

⁹²⁰ *Idem*, pp.437-438. A *presunção de inocência*, também citada por ISRAEL, tem expressa previsão no artigo 9º da DDHC. Adiante, o autor termina por entremear, sem maiores critérios, garantias tipicamente processuais, próprias do “*procedural due process*” (vide o texto principal), e outras que mais diriam com o “*substantive due process*” (como a legalidade e a irretroatividade penal e a proporcionalidade/necessidade das penas), provavelmente porque — já o dissemos — o próprio artigo 7º da DDHC reúne em um mesmo enunciado ganchos retóricos para as duas realidades.

(*Rec.* p.39, RJC I 41, 07.12.1976), quanto ao valor constitucional dos direitos processuais de defesa⁹²¹ (isso no contexto de lei ordinária que tratou do desenvolvimento da política de prevenção de acidentes de trabalho na França, inclusive com disposições de ordem processual).

Da mesma forma, o *Conseil constitutionnel* tem frequentemente deduzido, da norma geral de separação de poderes inserta no artigo 16 da DDHC (“*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”), uma série de *garantias processuais gerais*, como é o direito a um recurso judicial efetivo, o direito a um processo equitativo — a que poderá corresponder, em boa medida, a ideia mesma de “*procedural due process*”⁹²² — e os próprios direitos de contraditório e ampla defesa. Na *Décision* n. 2006-540 (*Rec.* p.88, *Journal officiel* 03.08.2006, p. 11541, 27.07.2006), decidindo sobre a constitucionalidade de lei francesa

⁹²¹ *In verbis*: “**1.** Considérant que l'article 19 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de donner au tribunal la faculté, "compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé", lorsque l'infraction aux règles d'hygiène ou de sécurité du travail commise par un préposé a provoqué un décès, des blessures ou une maladie, de "décider que le paiement des amendes prononcées et des frais de justice sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur"; **2.** Considérant que ces dispositions, desquelles il peut résulter une mise à la charge de l'employeur du paiement, en totalité ou en partie, des amendes et des frais de justice, ne portent atteinte, sous réserve du respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à aucune disposition de la Constitution ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale” (considerandos ns. 1 e 2, no que interessa para este estudo [g.n.]). Como se vê, o artigo 19 da referida lei foi declarado constitucional; nada obstante, reconheceu-se textualmente o *status* constitucional dos “*droits de la défense*” na esfera processual. Vale lembrar que, em matéria de liberdades públicas — e os direitos processuais de defesa podem se ajustar a esse conceito, se entendidos como dever de abstenção do juiz no sentido de “*non-entrave*” (v. Gilles Lebreton, *Libertés...*, pp.11-12 e 15-16) —, o *Conseil constitutionnel* francês distingue, desde 1984, entre *liberdades públicas fundamentais* e *liberdades públicas ordinárias*. Reconhecer que os direitos de defesa no processo civil têm *status* constitucional é reconhecer-lhes, naquele sentido, uma condição de *proeminência* perante outros direitos e liberdades (*op.cit.*, pp.47-48).

⁹²² Com efeito, o conceito de “*procès équitable*” — se bem que volátil e variável entre autores — pode ser bem aproximado, com FAVOREU *et al.* (ex artigo 6º da CEDH), nos seguintes termos: “*La dynamique de protection qu’il développe s’inscrit à la fois dans un champ d’application largement étendu et dans une série de garanties propres à fonder l’indépendance des juridictions concernées ainsi que l’efficacité des actions contentieuses intentées par les particuliers*”, o que inclui as garantias de acesso à justiça, de independência, imparcialidade e plenitude de competências dos tribunais, da paridade de armas, da publicidade, da duração razoável, da efetividade, do duplo grau de jurisdição (em matéria penal) e do contraditório, entre outras (cf. Louis Favoreu *et al.*, *Droit...*, pp.410 e ss. [g.n.]). No texto da CEDH, porém, o *direito a um remédio efetivo* (que, se não equivale, aproxima-se das garantias do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição) tem previsão específica e autônoma no *artigo 13*, enquanto é o *artigo 6º* que trata do processo equitativo, como se dirá (tópico 10.4.2); logo, ao menos na lógica interna daquele sistema, aquele direito não é um atributo interno da garantia do processo equitativo (como é do “*procedural due process*”, na perspectiva dos sistemas nacionais anglo-saxônicos).

relativa ao direito de autor e conexos na sociedade de informação (com dispositivos de natureza penal), o Conselho assentou:

“[...] **11.** Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution"; que **sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition;** [...]” (*g.n.*).

Quanto aos “*droits de défense*” — inclusive na *esfera privada* (aplicação do “*due process*” em procedimentos de dispensa de empregados) —, igualmente deduzidos do artigo 16 da DDHC para o exame de constitucionalidade de lei francesa relativa à promoção de igualdade de oportunidades, pontificou o *Conseil constitutionnel*:

“[...] **22.** Considérant que, selon les requérants, en n'obligeant pas l'employeur à indiquer au salarié les motifs de la rupture pendant les deux premières années du contrat, l'article 8 de la loi déferée ne répondrait pas aux exigences, découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, relatives à la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties et porterait atteinte à la dignité des jeunes ; que **l'absence de procédure contradictoire ne respecterait pas les droits de la défense et priverait le salarié du droit au recours garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789;**

“**23.** Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte ni du principe de la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au "contrat première embauche" devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs;

“**24.** Considérant, en deuxième lieu, que, **si le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 impose le respect d'une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée dans les autres cas de licenciement;** [...]” (*Décision* n. 2006-235, *Rec.* p. 50, *Journal officiel* 02.04.2006, p. 4964, texte n°2, Rectificatif: *Journal officiel* 11.04.2006, p. 5418, cons. 24, 30.03.2006 [*g.n.*])

Pelo exposto, parece certo que as garantias do “*procedural due process*” puderam ser bem exercidas e desenvolvidas no panorama constitucional francês, inclusive *fora* da restrita esfera dos litígios judiciais, mas sempre pela intermediação bastante da Declaração de Direitos de 1789, quando não por outras vias quaisquer.

VI. A Constituição francesa de 1793, que a posteridade conheceria como *Constitution montagnarde* (“Constituição montanhesa”) ou *Constitution de l’An I* (“Constituição do Ano I”), instalou na França a sua Primeira República, ainda durante a Revolução Francesa. Ratificada pela Convenção Nacional em 24.06.1793, inspirou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas a ela acrescentou uma extensa série de direitos novos, emparelhando àquela primeira (de 1789) a “*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1793*”, inerente à própria *Constitution montagnarde* e por isso chamada de “*Declaration montagnarde*”. Entre suas inovações, vale citar: **(a)** a abolição da monarquia; **(b)** o reconhecimento da superioridade da *soberania popular* — indivisível (como seu povo), imprescritível e inalienável — em relação à *soberania nacional* (invertendo, no artigo 25 da Declaração de 1793, a ordem soberana do artigo 3º da DDHC); **(c)** a consagração de uma série de direitos sociais e econômicos (direito ao trabalho, direito à assistência social, direito à educação pública) e outros a eles associados (*e.g.*, direito de reunião); **(d)** a afirmação da *felicidade comum* (“*bonheur commun*”) como objetivo último da sociedade (artigo 1º); **(e)** a positivação do direito — e do dever — de rebelião (artigo 35); **(f)** a abolição da escravatura.

No que diz respeito aos direitos do homem e do cidadão e às garantias do processo, a *Declaration montagnarde* se limitou a praticamente **reproduzir**, em seu artigo 10, o artigo 7º da DDHC, dispondo que

“Nul ne doit être accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance”.

Valem, pois, todas as considerações exaradas no item anterior.

Adiante, no corpo da Constituição do Ano I, a garantia do devido processo penal foi minudenciada, sem grandes ganhos de conteúdo — a não ser pela incipiente garantia de *defesa técnica* —, considerando-se as características próprias do sistema judicial da época e a conveniência de que o réu fosse acompanhado por um “conselheiro”, de escolha própria ou nomeação oficial. Assim, dispôs o artigo 96 da *Constitution montagnarde*:

“En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par les jurés ou décrétée par le Corps législatif. Les accusés ont des conseils choisis par eux, ou nommés d'office. L'instruction est publique. Le fait et l'intention sont déclarés par un juré de jugement. La peine est appliquée par un tribunal criminel”.

Além disso, aduziram-se constitucionalmente as seguintes garantias processuais:

- a garantia da *publicidade* dos atos processuais decisórios: os juízes cíveis deveriam deliberar em público e opinar em voz alta (artigo 94) e no processo penal as audiências seriam públicas (artigo 96);
- a garantia da *motivação* das decisões judiciais (artigo 94, “*in fine*”: “*Ils motivent leurs décisions*”);
- a garantia da *gratuidade*, tanto na atividade conciliatória como na judicante (artigos 89 e 94).

VII. A Constituição francesa de 04.11.1848, por sua vez, instalou a Segunda República francesa e claramente renovou os princípios de 1789 e de 1791, com contundência bem maior que todas as anteriores constituições napoleônicas e suas cartas (em cujo período se verificou, ademais, um retrocesso na “*praxis*” das liberdades públicas francesas, como dito de início)⁹²³.

Na Constituição da Segunda República, as atenções devem recair sobre o seu Capítulo II. Além de dispor que “*nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi*” (artigo 2º) — resumindo o princípio historicamente vazado no artigo 7º da DDHC —, estabeleceu em seu artigo 4º:

⁹²³ Gilles Lebreton, *Libertés...*, pp.80-84; *supra*, nota n. 903.

“Nul ne sera distrait de ses juges naturels. Il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit”.

Positivou-se aí a *garantia do juiz natural*, em sua dimensão positiva (i.e., a inafastabilidade do juiz legalmente competente) e na negativa (i.e., a proibição das comissões e tribunais de exceção, “*a qualquer título e sob qualquer denominação*”), respectivamente na primeira e na segunda parte do texto. Até então, a instituição do juiz natural — que podia ser extraída (e ainda é) do artigo 7º da DDHC, como garantia constitucional adscrita — não havia sido adequadamente enunciada, seja pela limitação dos seus destinatários (como na Constituição de 1791⁹²⁴, que ademais nem utilizara a expressão “*juges naturels*”), seja pela desnecessária autonomização de suas dimensões (como na Carta de 1830, dada pelo rei LOUIS-PHILIPPE I^{er925}), seja por outras razões quaisquer. Em 1848, porém, as duas dimensões foram definitivamente reunidas em um único artigo da Constituição, com plena positividade, boa técnica e autonomia, em um momento histórico de expansão das liberdades civis. Daí se reputar um marco na história francesa do “*procès équitable*”.

⁹²⁴ No Capítulo V: “**Article 4.** *Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois*”. Como se vê, a garantia estava dirigida aos “cidadãos”, quando havia de se destinar *a qualquer pessoa*, por não se tratar — na distinção de DE CICCÉ — de mero direito do cidadão, mas de direito inerente à condição humana (logo, naquela dicotomia clássica, um direito “natural”). Isso foi corrigido em 1830 e 1848, com o emprego da partícula negativa “*nul*” como sujeito da oração.

⁹²⁵ Na chamada *Monarchie de Juillet*, durante o curto período em que a monarquia foi restaurada na França. Lia-se no artigo 53: “Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels”; e no artigo 54: “Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être”. A rigor, **o enunciado completo da garantia do juiz natural, como hoje o conhecemos, foi de fato introduzido pela Charte de 1830**, de modo realmente pioneiro, e não pela Constituição de 1848. Entretanto, é preciso pontuar que **(a)** muitos direitos e garantias fundamentais positivados na Carta de 1830 ativeram-se à enunciação formal (*supra*, nota n. 903): “*Les libertés de réunion et d'association, niées comme sous les régimes précédents, continuent à rester tributaires des autorisations instituées par le Code pénal de 1810 [Napoleão]. Le régime de la seconde est même aggravé par une loi du 10 avril 1834. La liberté de la presse, d'abord respectée, est à son tour martyrisée par une loi du 9 septembre 1835, qui crée des délits d'opinion et rétablit partiellement, en contradiction avec l'article 7 de la Charte, la censure*” (Gilles Lebreton, *Libertés...*, p.84; daí, aliás, precipitar-se a **revolução de 1848**, que instaurou a Segunda República); **(b)** a garantia do juiz natural estava textualmente retalhada, vez que estatuída em sua dimensão positiva num preceito e em sua dimensão negativa em outro (como hoje se dá, p.ex., no Brasil: artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da CRFB), quando a boa técnica recomendaria reunir as duas dimensões em um único preceito (como se fez em 1848); **(c)** contextualmente, faz mais sentido recolher a identidade axiológica da garantia do juiz natural no “*espírito de 1848*”, que — diversamente da *Monarchie de Juillet* — “*marca o começo de uma nova fase de explosão das liberdades, mesmo que esta seja mais breve que a anterior*” (Jean-Jacques Israel, *Direito...*, p.130).

De resto, ao tratar do Poder Judiciário (Capítulo VIII), a Constituição de 1848 basicamente repetiu, com alguma variação vernacular, os direitos e garantias processuais que vinham de ser estatuídos desde 1793 (artigos 81 a 100: gratuidade, publicidade, etc.). Nada a reportar, portanto.

Em anos futuros, as garantias de processo/procedimento se veriam paulatinamente desprestigiadas nos textos das constituições francesas (sem prejuízo de seu aperfeiçoamento junto às barras dos tribunais e ao próprio *Conseil constitutionnel*). Atualmente, a Carta de 1958 quase silencia a respeito, a não ser pela independência da autoridade judicial (artigo 64, n. 1) — que todavia é garantida pelo Presidente da República⁹²⁶ —, pela garantia da inamovibilidade dos magistrados-juizes (artigo 64, n. 4) e pela proibição de detenções arbitrárias (artigo 66), que vai remeter à própria DDHC (artigo 7º), ante a sua positividade constitucional (*supra*, notas ns. 910 e 911).

10.3. O DEVIDO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR (11.08.1919)

I. As três primeiras décadas do século XX trouxeram transformações e convulsões político-sociais à recém-unificada Alemanha. Sob o *Kaiser* WILHELM I, a partir de 1890, os alemães ingressaram modestamente no movimento colonizador, fundando colônias em Togo, Camarões, no sudoeste africano e em um conjunto de territórios que foi denominado “África Oriental Alemã”. No período inicial, que precedeu o advento da Primeira Guerra Mundial, houve grande progresso material e um significativo aumento da população (de 41 milhões, em 1871, para 61 milhões em 1910). Companhias alemãs poderosas, como a Krupp e a Thyssen, surgiram nesta época. Isso precipitou uma forte conscientização da crescente classe trabalhadora, que passou a se organizar legalmente em sindicatos a partir de 1890, após o fim da lei anti-socialista de BISMARCK. Nada obstante, o Partido Social-Democrata (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands* — SPD) de AUGUST BEBEL, com

⁹²⁶ O que causa certa espécie, notadamente se examinarmos o preceito de modo retrospectivo. Já em 1791, quando ainda em curso a Revolução Francesa, a Constituição tratava separada e designadamente do “*Pouvoir Judiciaire*” (Capítulo V), o que se perdeu com o tempo no constitucionalismo francês.

forte inspiração trabalhista e grande representatividade popular (a mais expressiva daqueles tempos), fora excluído de qualquer participação no governo. Por outro lado, o *Reichstag* (Parlamento) não exercia nenhum controle sobre o governo. Expandia-se um sentimento intenso de nacionalismo alemão, com gastos crescentes em poderio militar e acirramentos na rivalidade econômica com a Inglaterra.

Com o assassinato de FRANZ FERDINAND (herdeiro do trono austríaco) e de sua esposa, em 28.06.1914, dá-se a deflagração formal da Primeira Guerra Mundial, após um desgastante processo político de tensões e desconfianças recíprocas entre as potências europeias beligerantes. A Alemanha se alia à Áustria, contra Inglaterra, França e Rússia (a “Tríplice Entente”), e se vê obrigada a lutar em duas frentes (leste e oeste). Derrotada pelas forças franco-britânicas na primeira batalha do Marne (5 a 12.09.1914), seus avanços estagnam. Poucos anos depois, com a entrada dos Estados Unidos da América nas fileiras dos inimigos (1917), os alemães conhecem uma retumbante derrota militar — que adiante os humilharia e oprimiria com severas obrigações internacionais por reparações de guerra⁹²⁷ (Tratado de Versailles, 1919, artigos 231 a 247) — e experimentam graves consequências políticas: o imperador e os príncipes abandonam seus tronos (novembro de 1918), sem que ninguém tomasse publicamente a defesa da monarquia. A Alemanha torna-se uma república (09.11.1918).

Era a *República de Weimar* (1919 e 1933), que nascia internamente frágil e externamente inexpressiva. Durante esses poucos anos, a Alemanha enfrentou uma grande depressão econômica (como de resto todo o mundo, especialmente após o *crack* de 1929), que penalizou intensamente o seu povo e gerou comoções intestinas. Em 1923, a inflação alemã alcançaria níveis dramáticos (um dólar para 4,2 bilhões de marcos), sendo emblemáticas as imagens, tomadas à época, de pessoas se dirigindo a supermercados com sacas e carros de dinheiro.

⁹²⁷ Em especial para a França, uma vez que no norte francês, altamente industrializado, os alemães levaram tudo o que quiseram para o seu uso próprio e, não bastasse, ainda destruíram muito do que sobrara — como, em 1918, as minas de carvão mais importantes da França (cf. Margaret Olwen Macmillan, *Paris 1919: Six Months That Changed the World*, Nova York, Random House, 2003, p.191).

No início de 1919, coube ao social-democrata FRIEDRICH EBERT, ex-chanceler do Império Alemão e futuro primeiro *Reichspräsident* (11.02.1919 a 28.02.1925), formar o primeiro governo republicano. As eleições de 1919 haviam marcado a emancipação política da população adulta feminina (que votou pela primeira vez) e resultaram em uma significativa maioria parlamentar em favor do governo EBERT. A partir desse apoio, instalou-se assembleia nacional constituinte na cidade de WEIMAR e logrou-se assinar, no dia 11.08.1919, a célebre *Constituição de Weimar* (*Weimarer Verfassung*, ou *Verfassung des Deutschen Reichs*), acentuando a unidade da Alemanha (com a recusa de soberania aos seus Estados-membros) e sinalizando a passagem do modelo liberal para o modelo social de Estado (o *Sozialstaat*), com a adoção do chamado “constitucionalismo social” (já consagrado no México, pouco antes, com a Constituição de 05.02.1917). O texto alemão se baseara em projeto de HUGO PREUSS, com traço weberiano e tendências de esquerda⁹²⁸.

II. Com efeito, a despeito da fragilidade da república, a Constituição de Weimar foi ambiciosa no campo dos direitos fundamentais. A sua Parte II tratava dos direitos e deveres fundamentais dos alemães, trazendo os seculares direitos e garantias individuais na Seção I, os direitos relacionados à vida social na Seção II, os direitos relacionados à religião e às igrejas na Seção III, os direitos relacionados à educação e ao ensino na Seção IV e os direitos relacionados à vida econômica na Seção V.

Na Seção II, por exemplo, já consagrava a igualdade de direito entre os gêneros, a proteção da maternidade e da família e a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos⁹²⁹. Na Seção IV (artigo 150), colocou sob proteção do Estado o patrimônio natural, histórico e

⁹²⁸ Cf., por todos, Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*, Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, USP, 2003, p.14. PREUSS, advogado e político liberal, era alemão de descendência judaica, o que depois municiaria os partidários do nacional-socialismo nos ataques à República e à Constituição de Weimar (desancadas com a expressão “*Un-German*”).

⁹²⁹ Para se ter uma ideia do cariz progressivo dessa previsão, basta dizer que no Brasil, nesta mesma época, o Código Civil de CLÓVIS BEVILÁQUA (1916) *proibia*, em seu artigo 358, o reconhecimento jurídico de filhos espúrios (incestuosos ou adulterinos); e, quanto aos filhos naturais não espúrios, dispunha que, “*havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento*” (artigo 1605, §1º). Este último preceito foi revogado com grande tardar na década de setenta (Lei n. 6.515/77); e, a despeito da promulgação da Constituição de 05.10.1988 (com o seu artigo 227, §6º), aquele primeiro só seria formalmente revogado ainda um ano depois, com a edição da Lei n. 7.841, de 17.10.1989.

artístico nacional (i.e., o meio ambiente humano em seus aspectos natural e cultural), positivando de modo pioneiro direitos de terceira geração (ou dimensão). Por fim, na esfera dos direitos sociais — onde mais avançou —, o texto constitucional positivou a especial proteção ao trabalho (artigo 157), a liberdade de associação para a defesa e a melhoria das condições de trabalho (artigo 159), a obrigatoriedade de se conceder tempo livre aos empregados para o exercício de direitos cívicos e funções públicas gratuitas (artigo 160) e o direito à seguridade social (artigo 161).

III. Quanto às **garantias processuais**, se não mereceram grande ênfase (como mereceram, p.ex., na Constituição mexicana de 1917⁹³⁰), é certo que estiveram presentes. Essa constatação é relevante, na medida em que a *Weimarer Verfassung* inaugurava um novo tipo de constitucionalismo (social) e um novo modelo de Estado (*Sozialstaat*), que poderia ser mais ou menos receptivo a garantias constitucionais que no passado haviam servido, em certos contextos, à justificação de teses e causas liberais⁹³¹.

O estudo dessas garantias processuais na Constituição de Weimar desafia a análise sucessiva de alguns de seus artigos. Quanto à *independência* e à *imparcialidade* dos juízes, assim dispuseram os seus artigos 102, 104 e 105:

“Artikel 102. Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen”⁹³².

“Artikel 104. Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit ernannt. Sie können wider ihrer Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung Richter in den Ruhestand treten. Die vorläufige Amtsenthebung, die kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt.

⁹³⁰ E.g., artigo 13 (garantia do juiz natural e abolição dos tribunais de exceção), artigo 14, §1º (devido processo legal) e artigo 17, *caput* e §§ 1º e 3º (vedação do exercício arbitrário das próprias razões e das prisões por dívidas, gratuidade do acesso ao Poder Judiciário), V., abaixo, a nota n. 937.

⁹³¹ Como p.ex. nos Estados Unidos da América, quanto à “*due process clause*” — originalmente uma garantia processual (fase procedimentalista) —, durante a fase do “*economic substantive due process*” (*supra*, tópico 10.1.5.2).

⁹³² “**Artigo 102.** Os juízes são independentes e não estão submetidos a nada mais que a lei”.

Bei einer Veränderung in der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke kann die Landesjustizverwaltung unfreiwillige Versetzungen an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehalts, verfügen.
Auf Handelsrichter, Schöffen und Geschworene finden diese Bestimmungen keine Anwendung”⁹³³.

“**Artikel 105.** Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt. Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben”⁹³⁴.

Ali estão positivados, respectivamente, a garantia da **independência judicial** e do **livre convencimento** do julgador, subordinado apenas à observância da lei em vigor, no artigo 102; as garantias da **vitaliciedade** (essa já plenamente conformada, com os elementos da perenidade das funções investidas, limitada apenas pelo tempo legal — aposentadorias — ou por força de sentença judicial passada em julgado, na devida forma e sob “*numerus clausus*”) e da **irredutibilidade de subsídios** (essa ainda incipiente, limitada às hipóteses de transferência do juiz), no artigo 104; e a garantia do **juiz natural**, na sua dupla dimensão (inafastabilidade do juiz legalmente competente — “*gesetzlichen Richter*” — e vedação dos tribunais de exceção, excetuados os tribunais e conselhos de guerra, que se poderiam instituir “*ex post facto*”), condensada em um único preceito (artigo 105).

Convém pontuar, neste particular, que o senso comum teórico tem induzido a erros primários, notadamente em função da tese — relativamente difundida — de que a Constituição alemã de 1919 teria sido negligente com o chamado *direito constitucional*

⁹³³ “**Artigo 104.** Os juízes de jurisdição ordinária são nomeados por toda a vida. Não poderão contra sua vontade ser privados definitiva ou temporariamente de suas funções, nem transferidos a outro posto e nem jubilados se não em virtude de uma decisão judicial, e só pelas causas e na forma que as leis prescrevam. As leis poderão fixar limites de idade para a aposentadoria dos juízes. Estas disposições não afetam a destituição forçada que se produz por força de lei. Em virtude de reforma na organização dos tribunais ou de seus territórios jurisdicionais, pode a administração da justiça de um Estado [*Land*] decretar a transferência compulsória a outro tribunal ou a repartição da função, mas sempre sob a condição de pagar integralmente os subsídios. Estas disposições não se aplicam aos tribunais do comércio, nem aos escabinados, nem aos jurados”.

⁹³⁴ “**Artigo 105.** Não se estabelecerão tribunais de exceção. Ninguém será subtraído da jurisdição de seu juiz legal. Estas disposições não afetarão a manutenção dos preceitos legais relativos a tribunais e conselhos de guerra. Restam suprimidos os tribunais de honra militares”.

processual, quiçá pela irrecusável identidade liberal dessas garantias históricas. De fato, a Constituição de Weimar não foi nisso tão completa quanto a Constituição mexicana de 1917 ou os textos constitucionais franceses (em especial as Constituições de 1791, 1793 e 1848). Mas anda mal, por exemplo, quem a critica por não ter consagrado o princípio do juiz natural⁹³⁵. Consagrou-o e de modo expresso, em sua dupla dimensão, como visto acima (artigo 105: “*gesetzlichen Richter*”). Pode-se assim pontificar, a partir as experiências de Weimar (1919) e do México (1917), que o constitucionalismo social *assimilou plenamente*, sem quaisquer resistências de ordem ideológica, todo o arcabouço de garantias processuais construído no curso dos séculos e consolidado na Idade Moderna, com culminância nas chamadas revoluções liberais.

Na esfera penal, pode-se ainda referir o artigo 114 (conquanto nele não haja expressa menção ao processo penal, mas apenas à restrição da liberdade de ir e vir e aos cuidados que devem cercá-la):

“**Artikel 114.** Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig.

Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen”⁹³⁶.

⁹³⁵ Cf., e.g., Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, “A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, jan./mar. 2006, n. 169, pp.101-126. *In verbis*: “Chama a atenção [...] a ausência, no texto de Weimar, de dispositivos integrantes do chamado “direito processual constitucional”, consistentes nos princípios básicos do devido processo legal e do juiz natural. Nada há, no entanto, como já acentuado, que indique o caráter proposital dessa “lacuna”. Mais tecnicamente, dir-se-ia “**direito constitucional processual**”, uma vez que a autora se reporta aos direitos e garantias processuais constitucionalizados; o “direito processual constitucional”, em contrapartida, diz respeito à jurisdição e à estrutura dos tribunais constitucionais, assim como aos remédios constitucionais pertinentes (cf., por todos, Ivo Dantas, *Constituição & Processo*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2008, p.338).

⁹³⁶ “**Artigo 114.** A liberdade pessoal é inviolável. Só com base nas leis poderá ser restringida ou suprimida. As pessoas que forem privadas de sua liberdade serão notificadas no dia seguinte, no mais tardar, sobre qual autoridade e por que causas ordenou a privação de liberdade, assistindo-lhes ademais, de imediato, meio de reclamar contra sua detenção”.

Como o preceito se valeu da expressão “*Behörde*” (*autoridade*) e referiu a necessidade de pronta *informação/notificação* (“*Kenntnis*”) sobre a autoridade coatora e as causas da coação, a norma poderia alcançar quaisquer procedimentos tendentes à privação de liberdade, formais ou informais, judiciais ou administrativos, processuais ou pré-processuais, civis ou criminais. Logo, a despeito do silêncio quanto ao elemento processual ou jurisdicional penal (“*Strafprozeß*”, “*Strafverfahren*”, “*Strafklage*”, “*Strafgewalt*”), a norma integrava as garantias do “*procedural due process*” e em especial do devido processo penal.

IV. De resto, é certo que a Constituição de Weimar não empregou a expressão “devido processo” (ou construção similar⁹³⁷) — como tampouco a emprega a atual Lei Fundamental de Bonn (23.05.1949) — e não havia nela quaisquer postulados jurídicos remissíveis à dimensão substantiva do “*due process of law*” (a não ser por alguma identificação de salvaguardas historicamente associadas⁹³⁸), pelas mesmas razões apontadas no caso francês (*supra*, tópico 10.2, n. V): a relativa *distância* entre o constitucionalismo republicano alemão e a tradição jurídica anglo-saxônica (conquanto a garantia dos julgamentos “*secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum*” houvesse nascido entre os próprios povos germânicos, sob a égide do edito sálico de 1037, como apontamos no tópico 8.1.1, n. III; mas isso *nove séculos* antes...).

E a Constituição de Weimar não possuía, ademais, previsão semelhante à do artigo 19, 2, da atual *Grundgesetz*⁹³⁹ — que, ao prever a intangibilidade do núcleo essencial

⁹³⁷ Diversamente da Constituição mexicana de 1917 (ainda em vigor), contemporânea à *Weimarer Verfassung* e de mesmo pendor ideológico, que todavia tem em si inserida construção bem próxima àquela da *Amendment V* estadunidense, em seu artigo 14, § 1º (quicá pela proximidade geográfica, histórica e cultural com os Estados Unidos da América). *In verbis*: “*Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes al hecho*”.

⁹³⁸ Como, por exemplo, no artigo 116: “*Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde*” (= anterioridade penal). Sobre a associação entre a “*due process clause*” (dimensão substantiva) e o paradigma da “*ex post facto law*” a partir da exegese do voto Chase em *Calder v. Bull*, cf., *supra*, a nota n. 918.

⁹³⁹ No original: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. No mesmo sentido, aliás, o artigo 52, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (tornando esse princípio de indenidade nuclear uma **norma vinculativa** para todos os países da UE, como veremos adiante): “*Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser*

(“*Wesensgehalt*”) dos direitos fundamentais, estabeleceu em face dos poderes públicos uma reserva irredutível de indenidade jusfundamental que tem servido, nos países de tradição romano-germânica, como uma das portas de entrada para a doutrina do “*substantive due process*”. Mas disso cuidaremos alhures, no tópico 15.2.

10.4. O DEVIDO PROCESSO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E COMUNITÁRIO (século XX)

10.4.1. O DEVIDO PROCESSO NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (10.12.1948)

I. A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, adotada e proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10.12.1948 (Paris, Resolução n. 217 A (III)), guarda seu fundamento teleológico maior na percepção de que “*o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum*” (2º considerando). De fato, os horrores da Segunda Guerra Mundial — nomeadamente o Holocausto, que fez tábula rasa de toda a retórica humanista liberal dos séculos XVIII e XIX ao igualar homens na “*integração absoluta da perfeita nulidade*” (ADORNO⁹⁴⁰) — levaram a comunidade

prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades” (g.n.). A CDF — como, de resto, todo o constitucionalismo ocidental (que desenvolve teorias da “*Wesensgehalt*” mesmo em países cujas constituições não têm semelhante previsão, como no Brasil) — baseou-se provavelmente no próprio artigo 19, 2, da GG.

⁹⁴⁰ Theodor Adorno, *Dialética negativa*, trad. Marco Antonio Casanova, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2009, p.300. Talvez por isso — pela aparente transitoriedade de valores que há dois séculos eram ditos universais — o fundador da Escola de Frankfurt (1924) tenha dito, na mesma obra, que “*não é mais possível afirmar que o imutável é a verdade e que aquilo que é movido, perecível, é a aparência, ou seja, não é mais possível afirmar a indiferença recíproca entre o temporal e as ideais eternas [...]. Com a administração do massacre de milhões, a morte tornou-se algo que antes nunca fora necessário temer desta forma. Não há mais nenhuma possibilidade de que ela se insira na experiência vivida do indivíduo como algo em harmonia qualquer com o curso da sua vida. O indivíduo é que é desapropriado da última coisa que lhe restava e daquilo que há de mais miserável. O fato de não terem sido mais os indivíduos que morreram nos campos de concentração, mas espécimes, também precisa afetar o modo de morrer daqueles que escaparam dessas medidas. O genocídio é a integração absoluta que se prepara por toda parte onde os homens são igualados,*

internacional a exigir de seus governos e instituições um novo paradigma jurídico para a tutela universal dos direitos humanos, menos falível e mais sistêmico. Dos esforços para tanto envidados, ultimados entre 1947 e 1948 pela Comissão de Direitos Humanos da ONU ⁹⁴¹ (sob a presidência de ELEANOR ROOSEVELT, viúva do ex-presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT, e a redação final do advogado RENÉ CASSIN, Nobel de Paz em 1968), veio à luz um documento internacional que inaugurou nova fase no contexto dos mecanismos de proteção dos direitos humanos fundamentais. Pela primeira vez, os Estados soberanos — mais de cinquenta — validavam conjuntamente, em ato público internacional multilateral, uma *afirmação mundial* da dignidade e da legalidade inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raças, religiões, nacionalidades e fronteiras. O mundo passou a conhecer um *sistema internacional de proteção dos direitos humanos*, iniciado com a DUDH e depois espreado setorial e regionalmente (*infra*, tópicos 10.4.2 a 10.4.3). Hodiernamente, além da DUDH, a ONU mantém nove principais tratados internacionais sobre direitos humanos⁹⁴², sendo certo que todos os seus Estados-Membros ratificaram ao menos um deles, enquanto oitenta por cento ratificaram quatro ou mais.

A respeito da emblemática sessão de 10.12.1948, o chileno HERNÁN SANTA CRUZ, membro da subcomissão de redação, escreveu ter o sentimento de participar de ocasião sem precedentes na história da humanidade, quando se formaram consensos intercontinentais sobre o valor supremo da pessoa humana, que não encontra a sua origem em uma potência deste mundo, mas no fato mesmo da sua existência, a lhe assegurar, de

aprumados, como se costuma dizer em linguagem militar, até que as pessoas literalmente os exterminam, desvios do conceito de sua perfeita nulidade. Auschwitz confirma o filosofema da pura identidade como morte” (op.cit., pp.299-300 [g.n.]).

⁹⁴¹ A comissão (UNCHR) foi originalmente composta por dezoito membros dos mais diversos matizes políticos, culturais e religiosos, entre os quais — além de Mme. ROOSEVELT e do Dr. CASSIN — o libanês CHARLES MALIK, o chinês PENG CHUNG CHANG (Vice-Presidente da China) e o canadense JOHN HUMPHREY (Diretor da Divisão de Direitos Humanos das Nações Unidas). Os debates, referidos nas memórias de Mme. ROOSEVELT, foram tão ecléticos como poderiam ser, no direito e na filosofia, do tomismo ao confucionismo. A partir de 2006, a UNCHR foi substituída pelo *United Nations Human Rights Council* (UNHRC).

⁹⁴² São os seguintes: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção Internacional sobre a Tortura e outros maus-tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes; a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e Membros das suas Famílias; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências; e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (a última a entrar em vigor, em dezembro/2010).

nascença, o direito inalienável de viver ao abrigo da necessidade e da opressão, desenvolvendo plenamente sua personalidade. “*Uma atmosfera*” — disse — “*de solidariedade e fraternidade autênticas entre homens e mulheres de todas as latitudes, uma atmosfera que jamais reencontrei em qualquer instância internacional*”⁹⁴³.

II. Naquilo que interessa ao objeto deste estudo, há basicamente quatro artigos da DUDH que desafiam menção. Todas enunciam *garantias processuais* (i.e., pertinem ao “*procedural due process*”), não havendo tampouco, na DUDH, preceito que consubstancie de modo unívoco a garantia geral do devido processo substantivo.

Quanto às garantias processuais em geral, dispõem os artigos 8º e 10:

“**Artigo 8º.** Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para os tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

“**Artigo 10.** Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Quanto às garantias do devido processo penal, dispõem os artigos 9º e 11:

“**Artigo 9º.** Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

“**Artigo 11. 1.** Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. [...]”.

Dadas essas bases, revelam alguns comentários.

III. A garantia do artigo 8º assegura, ao mesmo tempo, o *acesso à justiça* e a *efetividade da jurisdição* (“*recours effectif*”, “*effective remedy*”: **remédio efetivo**).

⁹⁴³ Cf. <http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml> (acesso em 17.01.2010).

“Tribunais” ou “jurisdições nacionais competentes” não significam necessariamente órgãos jurisdicionais clássicos (i.e., propriamente *judiciais*, vinculados à organização judiciária do país), mas indicam órgãos públicos que materialmente exerçam funções tipicamente jurisdicionais⁹⁴⁴. Com toda razão, a doutrina contemporânea tem assentado que a jurisdição, mais do que a atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA — *infra*, nota n. 216), é uma **função de tutela de direitos**. Com efeito,

“a norma constitucional que afirma a ação [artigo 5º, XXXV, CRFB] institui o **direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**, e, dessa forma, confere a devida oportunidade da prática de atos capazes de influir sobre o convencimento judicial, assim como a possibilidade do uso das técnicas processuais adequadas à situação conflitiva concreta. [...] O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o **direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito**, além de **obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial**”⁹⁴⁵.

A “justiça de papel”, cujos resultados concretos tardam ou não chegam (em especial quando se trata de obstar ou fazer cessar agressões a direitos fundamentais, como é o caso), não serve para os presentes tempos. Há décadas (1921), antes da própria DUDH, o grande brasileiro RUI BARBOSA bem sintetizou essa nova e velha necessidade:

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinhos são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

⁹⁴⁴ Cf. Ana Maria Guerra Martins, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006, p.170. Um exemplo de órgão não judicial com funções jurisdicionais seria, no Brasil, o Tribunal Especial previsto na Constituição do Estado de São Paulo (artigo 49) para o julgamento dos crimes de responsabilidade do Governador do Estado, que está impugnado (ADI n. 2220-2), mas seria composto por sete deputados estaduais e sete desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a tutela do Presidente do Tribunal de Justiça; ou ainda, nas monarquias que o admitem, a própria Coroa.

⁹⁴⁵ Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo*, 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, v. I, pp.285-291 (g.n.).

“Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”⁹⁴⁶.

A exortação segue verdadeira nos dias de hoje. E soa especialmente valiosa e atual, se considerarmos — com MARINONI e outros — que “justiça” não é a sentença prolatada, mas é o bem da vida assegurado à fruição. Essa consideração tem eco no mais importante texto internacional de salvaguarda de direitos humanos, precisamente em seu artigo 8º.

IV. O artigo 10, por sua vez, assegura o chamado *processo equitativo*, que se aproxima essencialmente da ideia anglo-saxônica de “*procedural due process*” e contempla aspectos como a independência dos tribunais e a imparcialidade dos juízes, a isonomia processual, o contraditório e o próprio “direito a um dia na corte” (o “*right to a day in court*” da tradição anglo-saxônica), ou — mais apropriadamente — o de ser *ouvido* na corte (a “*rechtliches Gehör*” do artigo 103, 1, da GG, em acepção restritíssima). Essa garantia foi depois repetida e estendida no artigo 14, 1, do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (Res. n. 2200 A(XXI), 16.11.1966), também do sistema ONU. *In verbis*:

“1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. As audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou uma parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o tribunal o considerar absolutamente necessário, quando, por motivo das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça; todavia qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada, salvo se o interesse de menores exigir que se proceda de outra forma ou se o processo respeita a diferendos matrimoniais ou à tutela de crianças”.

⁹⁴⁶ Rui Barbosa, *Oração aos Moços*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1997, p.40.

Identificando no artigo 10 da DUDH o direito fundamental a um *processo equitativo* (v., *supra*, a nota n. 922) e buscando dar-lhe desenvolvimentos mais concretos, GUERRA MARTINS⁹⁴⁷ condensa seus conseqüências, asserindo que

“todos são iguais perante os tribunais, tendo direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá do bem fundado de qualquer “acusação em matéria penal” e das “contestações sobre direitos e obrigações em matéria carácter civil””.

E disso conclui que, pelo padrão internacional, nem todos os litígios atrairiam a garantia do processo equitativo, mas apenas os processos penais e civis (excluindo-se, p.ex., os processos de natureza administrativo-discricionária, que implicam o exercício do “*ius imperii*”, como são os procedimentos de expulsão de estrangeiros ou de concessão de asilo político). Observa, ademais, a dificuldade de se determinar, nos diversos países, se determinado processo/procedimento configura ou não “acusação em matéria penal” (= DUDH: “*acusação criminal*”; PIDCP: “*matéria penal*”) ou “contestações em matéria civil” (= DUDH: “*decidir dos seus direitos e deveres*”, PIDCP: “*matéria civil*”). Para esse efeito, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (artigo 28º do PIDCP) tem seguido de perto a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no sentido de que o conceito de “acusação penal”, para os efeitos da DUDH, pressupõe uma notificação oficial emanada de autoridade competente a acusar o indivíduo do cometimento de certa infração de natureza eminentemente *penal* (afastando-se, portanto, as contraordenações e ilícitos administrativos); já “contestações em matéria civil” implicam processos/procedimentos com objeto e incidência patrimonial, sob qualquer regência legal (civil, comercial, fiscal, administrativa) e perante quaisquer órgãos oficiais (o que inclui não apenas os órgãos judiciais, mas também os administrativos). Isso abrangeria inclusive processos de despedimento da função pública (Comunicação n. 441/90, *Casanovas v. França*, 10.08.1994⁹⁴⁸), que também desafiariam as plenas garantias do processo equitativo; mas excluiria processos sobre o estado de pessoais (e.g., interdições civis⁹⁴⁹).

⁹⁴⁷ Guerra Martins, *op.cit.*, pp.167-173.

⁹⁴⁸ *In verbis*: “ 5.2. The Committee recalled that the concept of ‘suit at law’ under article 14, paragraph 1, was based on the nature of the right in question rather than on the status of one of the parties. The Committee

Em termos de conteúdo, o Comitê de Direitos Humanos da ONU tem estendido significativamente a dimensão semântica da garantia do processo equitativo (*ex* artigo 8º da DUDH), para efetivamente alcançar os seguintes direitos: **(a)** o direito de acesso efetivo e concreto a um tribunal (Comunicação n. 779/1997, *Anni Äärelä, Jouni Näkkäläjärvi v. Finlândia*, 07.11.2001⁹⁵⁰); **(b)** a paridade de armas (Comunicação n. 846/1999, *Jansen-Gielen v. Países Baixos*, 14.05.2001); **(c)** as garantias relativas à organização e à composição dos tribunais — que devem ser imparciais e instituídos “*ex ante facto*” — e ao desenvolvimento do processo — o que inclui a sua duração razoável (Comunicação n. 387/1989, *Arvo Karttunen v. Finlândia*, 15.11.1992; Comunicação n. 207/1986, *Moraël v.*

considered that a procedure concerning a dismissal from employment constituted the determination of rights and obligations in a suit at law, within the meaning of article 14, paragraph 1, of the Covenant. Accordingly, on 7 July 1993, the Committee declared the communication admissible” (CCPR/C/51/D/441/1990 (1994) [g.n.]). Essa e todas as demais comunicações do *Human Rights Committee* citadas neste tópico foram extraídas de <http://www1.unm.edu/humanrts/undcos> (acessos em 18.01.2011) e/ou das citações de GUERRA MARTINS (*op.cit.*, *passim*).

⁹⁴⁹ Guerra Martins, *op.cit.*, p.168

⁹⁵⁰ No caso concreto, o parecer contrário às posições do Estado-membro (Finlândia) baseou-se no fato de que as elevadas custas exigidas para o acesso à corte de apelação, sem consideração das condições pessoais dos interessados, representou violação ao dever de proporcionar acesso efetivo aos tribunais. *In verbis*: “**3.2. The authors claim a violation of article 14, paragraphs 1 and 2, of the Covenant, contending that the Appeal Court was not impartial, having pre-judged the outcome of the case and violated the principle of equality of arms in (i) allowing oral hearings while denying an on-site inspection and (ii) taking into account material information without providing an opportunity to the other party to comment. The authors also contend that the award of costs against the authors at the appellate level, having succeeded at first instance, represents bias and effectively prevents other Sami from invoking Covenant rights to defend their culture and livelihood. There is no State assistance available to impecunious litigants to satisfy the imposition of costs. [...] 4.11. As to the imposition of costs, the State party points out that under its law there is an obligation for the losing party to pay, when sought, the reasonable legal costs of the successful party. The law does not alter this situation when the parties are a private individual and public authority, or when the case involves human rights issues. These principles are the same in many other States, including Austria, Germany, Norway and Sweden, and are justified as a means of avoiding unnecessary legal proceedings and delays. The State party argues this mechanism, along with free legal aid for lawyers' expenses, ensures equality in the courts between plaintiffs and defendants. The State party notes however that, from 1 June 1999, an amendment to the law will permit a court ex officio to reduce a costs order that would otherwise be manifestly unreasonable or inequitable with regard to the facts resulting in the proceedings, the position of the parties and the significance of the matter. [...] 7.2. As to the authors' argument that the imposition of a substantial award of costs against them at the appellate level violated their rights under article 14, paragraph 1, to equal access to the courts, the Committee considers that a rigid duty under law to award costs to a winning party may have a deterrent effect on the ability of persons who allege their rights under the Covenant have been violated to pursue a remedy before the courts. In the particular case, the Committee notes that the authors were private individuals bringing a case alleging breaches of their rights under article 27 of the Covenant. In the circumstances, the Committee considers that the imposition by the Court of Appeal of substantial costs award, without the discretion to consider its implications for the particular authors, or its effect on access to court of other similarly situated claimants, constitutes a violation of the authors' rights under article 14, paragraph 1, in conjunction with article 2 of the Covenant. The Committee notes that, in the light of the relevant amendments to the law governing judicial procedure in 1999, the State party's courts now possess the discretion to consider these elements on a case by case basis.[...]**” (CCPR/C/73/D/779/1997 [g.n.]).

França, 28.07.1989); **(d)** as garantias específicas do devido processo penal. Essas veremos no item seguinte.

V. Os artigos 9º e 11, por sua vez, disciplinam o devido processo penal, estatuidando que **(a)** ninguém será preso, detido ou exilado de modo “arbitrário” (o que atenua relativamente as restrições de significado do artigo 8º, pela assimilação natural de conteúdos entre o que é “ não arbitrário” e o que ocorre “sob devido processo”: pode-se assim alcançar até mesmo procedimentos administrativos vinculados ao exercício de “*ius imperii*” — como a própria expulsão de estrangeiros (*supra*) —, desde que impliquem *detenção* da pessoa); e **(b)** que toda pessoa acusada de ato delituoso (i.e., sob “acusação em matéria penal”, com a acepção *supra*) goza de *presunção de inocência*, até “*que sua culpabilidade tenha sido provado de acordo com a lei*” (o que no Brasil, p.ex., significa sentença penal condenatória transitada em julgado: artigo 5º, LVII, CRFB); **(c)** que toda pessoa acusada de ato delituoso tem direito a um *julgamento público* (= *publicidade* dos atos processuais em matéria processual penal); **(d)** que toda pessoa acusada de ato delituoso tem direito à *ampla defesa*, com todas as garantias a ela inerentes. O n. 2 do artigo 11 da DUDH dialoga mais diretamente com o Direito Penal (= irretroatividade da lei penal); é certo que guarda nexos históricos com a construção do conceito de “*substantive due process*” (*Calder v. Bull* — *supra*, tópico 10.1.5.2, II), mas por agora não interessará.

Para além desses direitos, o PIDCP (artigo 14, 2 a 7) ainda positivou diversos outros, específicos para o processo penal, como o direito à não autoincriminação, o duplo grau de jurisdição em matéria penal, o direito de estar presente no processo, o direito à assistência gratuita de um intérprete (se não compreender ou não falar a língua utilizada no tribunal), o direito à duração razoável do processo penal, o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação (= *participação contraditória* na produção das provas orais), o direito à indenização civil por erro judiciário e a proibição do “*double jeopardy*”. Vejam-se:

“2. Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.

“3. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias:

"a. A ser prontamente informada, numa língua que ela compreenda, de modo detalhado, acerca da natureza e dos motivos da acusação apresentada contra ela;

"b. A dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar com um advogado da sua escolha;

"c. A ser julgada sem demora excessiva;

"d. A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar;

"e. A interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições das testemunhas de acusação;

"f. A fazer-se assistir gratuitamente de um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada no tribunal;

"g. A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada.

“4. No processo aplicável às pessoas jovens a lei penal terá em conta a sua idade e o interesse que apresenta a sua reabilitação.

“5. Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei.

“6. Quando uma condenação penal definitiva é ulteriormente anulada ou quando é concedido o indulto, porque um fato novo ou recentemente revelado prova concludentemente que se produziu um erro judiciário, a pessoa que cumpriu uma pena em virtude dessa condenação será indenizada, em conformidade com a lei, a menos que se prove que a não revelação em tempo útil do fato desconhecido lhe é imputável no todo ou em parte.

“7. Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infração da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU tem elaborado interessante jurisprudência em torno dessas garantias. Assim, p.ex., entende-se que o direito a não testemunhar contra si próprio (artigo 14, 3, “g”, PIDCP) implica deixar o acusado a salvo de quaisquer espécies de pressões físicas ou psíquicas da parte dos agentes públicos (Comunicação n. 248/1987, *Campbell v. Jamaica*, 07.04.1992); e bem se sabe que essa prática — ao menos

quanto à pressão psíquica — ainda é muito comum em alguns nichos de cultura policial. Quanto à presunção de inocência (artigo 14, 2, PIDCP), assentou-se que dele decorre para as autoridades públicas um *dever de abstenção* de prejulgamentos (Comunicado n. 770/1997, *Gridin v. Federação Russa*, 18.07.2000), o que parece pôr em xeque os procedimentos extrajudiciais de indiciamento de suspeitos, ainda comuns em diversos países (inclusive no Brasil: artigo 6º, VIII, do CPP). Enfim, quanto à assistência técnico-jurídica gratuita (artigo 14, 3, “d”, “*in fine*”), admite-se que os Estados-membros estabeleçam limites a esse direito, dados os contingenciamentos orçamentários de vários deles; mas tais limites não podem absolutamente vigorar em processos nos quais a pena de morte possa ser aplicada ao caso (Comunicação n. 223/1987, *Robinson v. Jamaica*, 04.04.1989).

Adiante, voltaremos aos precedentes do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Agora, porém, passemos aos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, em suas duas principais representações (Europa e América).

10.4.2. O DEVIDO PROCESSO NA CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (04.11.1950) E NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (07.12.2000)

I. O *Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos* começou a ganhar forma no âmbito Conselho da Europa, afirmando-se depois ao nível das Comunidades Europeias, da própria União Europeia e, finalmente, da Organização de Segurança e Cooperação Europeia (OSCE)⁹⁵¹. Tal sistema se funda em dois documentos principais, a saber, a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (CEDH) e a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (CDF).

⁹⁵¹ Guerra Martins, *op.cit.*, p.191.

II. A CEDH foi elaborada sob os auspícios do Conselho da Europa e aberta à assinatura em Roma, no dia 04.11.1950, entrando em vigor no mês de setembro de 1953. Seu principal objetivo foi referendar a plêiade de valores consagrada na DUDH no contexto europeu e assegurar mecanismos para a garantia coletiva dos principais direitos ali previstos. Nesse último sentido, três instituições deveriam compartilhar a responsabilidade pelo controle do sistema europeu, que haveria de garantir o pleno respeito às obrigações assumidas pelos Estados europeus convenientes no marco da CEDH: a *Comissão Europeia dos Direitos do Homem* (1954), o *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* (1959) — regulado no seu Título II — e o *Comitê de Ministros do Conselho da Europa*, composto pelos ministros dos negócios estrangeiros de cada Estado conveniente (ou seus representantes).

Por força da CEDH, podiam apresentar queixas à comissão todos os Estados convenientes e também os requerentes individuais (pessoas físicas, grupos de particulares ou organizações não governamentais); mas, nesse último caso, somente se os respectivos Estados lhes reconhecessem previamente tal direito. As queixas podiam dirigir-se contra quaisquer dos Estados convenientes, por violação dos direitos assinados na CEDH, havendo um juízo prévio de admissibilidade por parte da comissão. Aceita a queixa, havia uma tentativa preliminar de conciliação. Frustrada, a comissão redigia um relatório pontuando os fatos em questão e formulando um parecer de mérito, que seguia à apreciação do Comitê de Ministros. Cabia então à comissão ou a qualquer Estado conveniente o envio do caso ao TEDH, dentro do prazo de três meses a contar da transmissão do relatório ao Comitê de Ministros. Os particulares não podiam fazê-lo autonomamente. E caso o litígio não fosse encaminhado ao TEDH, por inércia da comissão e dos convenientes, competia ao Comitê de Ministros decidir se houvera ou não violação da CEDH; reconhecendo-a, arbitrava uma reparação razoável à vítima.

Desde então (1953), inúmeros protocolos foram adotados para aperfeiçoar o sistema. O último deles (de n. 14) entrou em vigor no dia 1º.06.3020.

Os Protocolos ns. 1, 4, 6 e 7 acrescentaram novos direitos e liberdades ao rol originalmente positivado. O Protocolo n. 2 outorgou ao TEDH o poder de emitir pareceres consultivos, com vista à prevenção de litígios. O Protocolo n. 9 abriu aos requerentes particulares o direito de transmitirem o caso ao TEDH, mas sob reserva de ratificação em favor do Estado requerido e mediante prévio aval de um comitê especial de “filtragem” desses casos. Demais protocolos cuidaram de organizar as instituições criadas pela CEDH e de regular aspectos procedimentais.

Houve um sensível aumento no número de casos após 1980, o que se agravou com a adesão de diversos novos Estados europeus a partir de 1990: Albânia, Andorra, Bulgária, Croácia, Estônia, Finlândia, Geórgia, Hungria, Letônia, Macedônia (ou “ex-República iugoslava de Macedônia”), Lituânia, Moldávia, Polônia, República Tcheca, Romênia, Rússia, Eslováquia, Eslovênia e Ucrânia. Vários deles, como se vê, não pertencem à União Europeia; e, de fato, são sistemas necessariamente independentes, não admitindo sequer a adesão da UE como bloco, tal qual assentado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em parecer de 28.03.1996 (ao argumento de que “*o Tratado CE não previa qualquer competência para a promulgação de regras ou celebração de acordos internacionais em matéria de Direitos do Homem*”⁹⁵²). Em 1997, foram registrados na comissão 4750 casos, contra 404 casos em 1981; o TEDH apreciou, naquele ano, 119 casos transmitidos, contra apenas sete em 1981. Por tudo isso, adotou-se finalmente o Protocolo n. 11, que reformou os mecanismos de controle da CEDH, de modo a criar um novo TEDH (unificado e “*ex ante facto*”, com juízes eleitos em número igual ao dos Estados convenientes, para um funcionamento permanente e ininterrupto), reforçar o caráter judicial do sistema (i.e., a sua isenção, a sua naturalidade, a sua supraparcialidade e a vinculatividade dos seus julgados), torná-lo completamente obrigatório e abolir os poderes de decisão do Comitê de Ministros. Esse derradeiro protocolo entrou em vigor em 1º.11.1998, quando também começou a funcionar o novo TEDH (“*la nouvelle Cour*”) em Estrasburgo⁹⁵³.

⁹⁵² Cf. http://europa.eu/scadplus/glossary/eu_human_rights_convention_pt.htm (acesso em 18.01.2011).

⁹⁵³ Fonte: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html> (acesso em 18.01.2011).

Atualmente, os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa para mandatos de seis anos, com renovação de metade dos membros a cada três anos. O TEDH se divide em quatro câmaras, fixadas por três anos em composições necessariamente equilibradas do ponto de vista geográfico, de gênero e de filiação jurídica (i.e., devem-se contemplar dosadamente os diversos sistemas jurídicos existentes nos países convenientes). Os trabalhos de filtragem dos casos, antes feito pela comissão, são agora feitos por comitês de três juízes que funcionam no imo de cada câmara. O tribunal pleno é composto por dezessete juízes, seis com cadeiras “*ex officio*” (o presidente, os dois vice-presidentes e os dois presidentes de câmara, todos eleitos pelos pares) e os demais em sistema de rodízio (grupos que se alternam de nove em nove meses, sempre com o mesmo critério de equilíbrio geográfico e de filiação jurídica).

Em termos procedimentais, há *queixas estatais*, feitas pelos Estados convenientes, e *queixas individuais*, feitas por particulares que se considerem vítimas de violação de direitos previstos na CEDH. As queixas individuais podem ser feitas pelos próprios queixosos, que têm “*ius postulandi*” perante o tribunal (que, todavia, também mantém um serviço de assistência judiciária gratuita para queixosos individuais de poucos recursos). O processo perante o TEDH é *contraditório* e *público* (excetuados, aqui, os casos que excepcionalmente demandem sigilo), e todas as suas decisões são *motivadas*, o que revela o zelo com o “*procedural due process*” no âmbito daquela corte.

As queixas individuais são distribuídas às câmaras, com designação imediata de relatores pelos seus presidentes. Ao relator compete fazer um exame preliminar e decidir se encaminhará a queixa aos comitês, para um juízo prévio de admissibilidade, ou se a submeterá diretamente às seções da câmara. Já as queixas estatais são encaminhadas necessariamente às seções. As seções devem portanto julgar **(a)** as queixas individuais submetidas diretamente pelos relatores; **(b)** as queixas individuais não declaradas inadmissíveis pelos comitês; **(c)** as queixas estatais. Admitidas as queixas, as partes podem ser chamadas a apresentar provas complementares ou memoriais escritos, abrindo-se ao queixoso o direito de pleitear uma “reparação razoável” e a participação em uma audiência pública. Há permanente possibilidade de conciliação, sob os cuidados do secretário da

CEDH. Em todo caso, as seções (re) apreciarão as condições convencionais de admissibilidade das queixas e depois, se admissíveis, julgá-las-ão no mérito, sempre por maioria. Caso identifiquem casos nos quais se articulem questões de gravidade envolvendo a interpretação/aplicação dos preceitos da CEDH, ou ainda questões que possam conduzir a decisões contraditórias com acórdãos anteriormente prolatados, as seções poderão remeter a queixa ao tribunal pleno, a menos que uma das partes interessadas a tanto se oponha. Se o caso não for diretamente à plenária, podem as partes interessadas, à maneira de *recurso* e no prazo de três meses após a prolação do acórdão pela seção, requerer o seu envio ao tribunal pleno para fins de reapreciação, alegando graves questões relativas à interpretação/aplicação de preceitos da CEDH e/ou graves questões de caráter geral. Há novamente um juízo de admissibilidade (órgãos de cinco juízes do tribunal pleno). Passados três meses da data da prolação do acórdão, se não houver pedido de devolução, a decisão transita em definitivo. O mesmo se dá quando a decisão sobre a admissibilidade do pedido de devolução é negativa, porque contra essa decisão não cabe recurso. A fiscalização do fiel cumprimento dos acórdãos incumbe ao Comitê de Ministros.

Apenas no ano de 2009, o TEDH prolatou 1625 acórdãos (contra 837 entre 1958 e 1998). O crescimento da demanda segue fabuloso, o que revela menos um incremento quantitativo de violações de direitos humanos em território europeu que a efetiva vazão de uma demanda reprimida por incremento de tutela, ante a insatisfação com os níveis da proteção judiciária reservada aos direitos fundamentais nos diversos Estados convenientes (e mais notadamente em alguns deles, como se dirá na sequência). Em 1º.01.2010, havia cerca de 119.300 casos comunicados à corte e pendentes de envio às seções, sendo que mais da metade deles estava dirigida contra quatro países: a Rússia (28,1%), a Turquia (11,0%), a Romênia (8,2%) e a Ucrânia (8,4%). Seguiam-nos a Itália (6,0%), a Polônia (4,0%) e a Geórgia (3,4%). Entre 1959 e 2009, a Turquia liderou entre os países definitivamente condenados por violações à CEDH, com 18,81% das decisões condenatórias; seguem-na a Itália (16,57%) e a Rússia (7,07%).

Por fim, e ainda no campo estatístico, é curial para este trabalho registrar que, *qualitativamente*, a absoluta maioria das decisões condenatórias havidas entre 1959 e 2009

diz respeito à garantia geral do “*procedural due process*”: mais exatamente, **55,28%** dos casos, contra 10,72% de violações à liberdade e à segurança (artigo 5º da CEDH), 14,58% de violações à proteção da propriedade (Protocolo n. 1, artigo 1º) e 19,42% de outras várias violações⁹⁵⁴. Se houve, portanto, uma grandeza constitucional *especialmente violada* no âmbito da Europa nos últimos cinquenta anos, ao menos em termos numéricos, é a *garantia do devido processo procedimental*, de modo assim distribuído: 26,37% das condenações totais do TEDH (a maioria relativa) por violação à duração razoável do processo (artigo 6º da CEDH); 21,10% dos casos por violação à garantia do processo equitativo (também artigo 6º da CEDH); e 7,81% dos casos por violação do direito a um remédio efetivo (artigo 13 da CEDH).

III. Já a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão da UE na data de 07.12.2000, em Nice. Nasceu com o propósito de positivar os princípios e direitos básicos de cariz humanitário no âmbito específico da União Europeia, de acordo com a própria CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, dando a tudo uma maior visibilidade. Além disso, seguindo de perto a célebre distinção de DE CICÉ eternizada na DDHC (1789), deveria também positivar os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da UE. A CDF foi investida de efeitos jurídicos vinculantes para todos os Estados-membros, à semelhança dos tratados, a partir de 1º de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

O texto reúne uma série de direitos antes dispersos em diversos instrumentos legislativos dos países-membros, do Conselho da Europa, da ONU, da OIT e da própria UE. No seu Título I, tratou dos direitos e garantias mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana (vida, integridade, proibição da tortura e das penas desumanas e

⁹⁵⁴ Fonte: <http://www.echr.coe.int/ecr/> (acessos em 18.01.2011). Em sentido semelhante, no contexto suíço, Ludwig A. Minelli, “*Faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der EMRK*”, in Frank Johnigk, Holger Matt, Ludwig A. Minelli, Patrick A. Schaerz, Elisabeth Rech, Wilfried Ludwig Weh, *Das faire Verfahren nach Art.6 EMRK*, Köln, Dr. Otto Schmidt/Schulthess, 2005, p.33: “*Dabei ergibt sich jedoch eine Schwierigkeit: die Datenbank des Strassburger Gerichtshofes verzeichnete am 13. April diesen Jahres [2005] seit 1960 insgesamt 2.693 Urteile, die sich mit Beschwerden wegen Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens befassen*” (g.n.).

degradantes, proibição da escravidão e do trabalho forçado, etc.); no Título II, das liberdades em geral (intimidade e vida privada, dados pessoais, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade profissional, etc.); no Título III, dos direitos de igualdade (não discriminação, diversidade cultural, religiosa e linguística, igualdade entre homens e mulheres, direitos das crianças, dos idosos e das pessoas com deficiência, etc.); no Título IV, dos direitos de solidariedade (direito de negociação e de ação coletiva, acesso aos serviços de emprego, proteção em caso de despedida sem justa causa, condições de trabalho justas e equitativas, seguridade social, proteção do meio ambiente e dos consumidores, etc.); no Título V, dos direitos de cidadania na UE (direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais, direito a uma boa administração, direito de acesso a documentos, direito de petição, etc.); e no Título VI, finalmente, dos direitos relacionados à *justiça*, que mais de perto nos interessam: direito de ação a um tribunal imparcial, presunção de inocência e direitos de defesa, princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas, vedação do “*double jeopardy*”, etc.).

Havendo coincidência entre esses direitos e aqueles preceituados na CEDH, o alcance e sentido das normas da CDF (i.e., a sua interpretação) deverão se ajustar àqueles determinados no âmbito da Convenção Europeia pelo TEDH, i.e., serão “*iguais aos conferidos por essa Convenção*” (artigo 52, 3, 1ª parte). Entretanto, “*essa disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla*” (artigo 52, 3, 2ª parte), se o fizer expressamente.

IV. No que toca às garantias processuais, a CEDH positivou-as basicamente em seu artigo 6º (direito a um processo equitativo), nos planos civil e penal, e em seu artigo 13 (direito a um recurso efetivo). Depois, por força do Protocolo n. 7, declararam-se vários outros direitos, em maioria ligados ao *devido processo penal*: garantias processuais no caso de expulsão de estrangeiros (artigo 1º), direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal (artigo 2º), direito a indenização razoável em caso de erro judiciário (artigo 3º) e direito de não ser julgado ou punido mais de uma vez pelos mesmos fatos (i.e., proibição do “*double jeopardy*” — artigo 4º).

A CDF, por sua vez, positivou-os no seu Título VI, como já visto, com os seguintes conteúdos:

- o direito de ação — acesso — a um tribunal imparcial (artigo 47, 1);
- o direito ao processo equitativo (artigo 47, 2, 1ª parte);
- o direito à duração razoável do processo (artigo 47, 2, 1ª parte);
- a independência e imparcialidade dos tribunais (artigo 47, 2, 1ª parte);
- a garantia do juiz natural (artigo 47, 2, 1ª parte);
- o direito à devida assistência na corte (artigo 47, 2, 2ª parte), inclusive gratuita (artigo 47, 3);
- a presunção de inocência em matéria penal (artigo 48, 1);
- os direitos de defesa do réu (artigo 48, 2 — inespecificados);
- a vedação do “*double jeopardy*” (artigo 50).

O artigo 49 trata de garantias essencialmente penais, de modo que deixamos de referi-lo aqui, pelas mesmas razões apontadas no tópico anterior.

V. Quanto à interpretação da cláusula do devido processo no marco do sistema europeu, ater-nos-emos à jurisprudência do TEDH para o artigo 6º da CEDH, considerando-se o que mais de perto interessa a este trabalho, como também o teor do artigo 52 da CDF e o próprio fato de que a CDF não instituiu sistema judicial supranacional específico para a interpretação/aplicação de suas normas⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Até porque “*a carta europeia de direitos fundamentais não substitui nem pode substituir as constituições dos Estados-membros. É aplicável às instituições da União, aos seus órgãos e respectivos actos, mas não impõe obrigações aos Estados-membros fora do âmbito e das finalidades das demais normas primárias da Comunidade*” (Vital Moreira [coord.] et al., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.14). Desse modo, no que houver de *relevante e pertinente* para o aspecto *comunitário*, decide o TJUE; e no restante, a sindicabilidade supranacional (e mesmo nacional, à falta de sucedâneos legislativos internos) fica parcialmente prejudicada. Mas, se é assim, porque a UE não aderiu, como bloco, à CEDH? A resposta é complexa e imbrica uma série de condicionamentos políticos e técnico-jurídicos que são parcialmente explorados em “*A Carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)*”, de VITAL MOREIRA (*Carta...*, pp.89-99). Do ponto de vista técnico-jurídico, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ponderou, no parágrafo n. 27 de seu “Parecer” sobre a legalidade da adesão da UE à CEDH (Parecer n. 02/94), que “[n]enhum preceito do Tratado confere às instituições comunitárias qualquer poder geral para produzir normas sobre direitos humanos ou para concluir convenções internacionais nessa área”, o que significava que a adesão só seria formalmente possível se houvesse a alteração dos tratados constitucionais da UE para expressamente autorizá-la. Evidentemente, porém, também estava em causa a preocupação do TJCE com a preservação de suas próprias prerrogativas (*cit.*, p.91). De nossa parte, cremos que o quadro atual — que opõe, no contexto

O direito a um processo equitativo, na visão consolidada do TEDH, deve ser interpretado com *largueza*. Com efeito, em *Delcourt v. Bélgica* (17.10.1970)⁹⁵⁶, entendeu-se que, em uma sociedade democrática na acepção da CEDH (artigo 6º, 1), o *direito a uma boa administração da justiça* deve ocupar lugar tão proeminente que uma interpretação restritiva do referido artigo 6º fugiria ao fim e ao objeto da própria disposição⁹⁵⁷. Tal interpretação converge, como deve, para uma linha hermenêutica fiel ao chamado *princípio*

européu, *duas* declarações de direitos humanos (a CEDH e a CDF) — não tem justificativa plausível. SCHERMERS advertia, antes da aprovação da CDF, que a Europa seria repartida em duas em matéria de direitos fundamentais, certamente em prejuízo dos não membros da UE; dizia, mais, que o sistema do Conselho da Europa sofreria grandemente se os membros da UE seguissem o seu próprio caminho quanto à proteção de direitos fundamentais (Henry G. Schermers, "The New European Court of Human Rights", in *Common Market Law Review*, London, British Institute of International and Comparative Law, feb./1998, v. 35, n. 01, p.05). Isso, parece-nos, é o que de fato ocorreu e vai se agravar.

⁹⁵⁶ Cf. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=65297162&skin=hudoc-fr&action=request> (acesso em 20.01.2010). Todos os arestos citados neste tópico foram extraídos do sistema HUDOC (banco de dados on-line do TEDH que reúne acórdãos, decisões, resoluções e relatórios do próprio TEDH, da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e também do Comitê de Ministros). Bastará, em todo caso, acessar o sítio (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>) e inserir, em "Intitulé de l'affaire", o nome do caso, regulando as datas. Cf. também Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp.111-178 e 227-230 (de onde igualmente se recolheram julgados).

⁹⁵⁷ Em resumo, o cidadão ÉMILE DELCOURT foi condenado por uma série de crimes contra o patrimônio e a fé pública (*scroquerie, abus de confiance, faux, usage de faux, émission de chèques sans provision, traites frauduleuses, grivèlerie*), após denúncia do *Parquet* de Bruges. Recorreu sucessivamente às instâncias seguintes, chegando à corte de cassação belga, em cuja composição funcionava, por força de lei (que "*remonte à plus d'un siècle et demi et le Parlement belge a estimé par deux fois ne pas devoir la modifier*"), um membro do Ministério Público (a mesma instituição que o acusara). Por isso, a pedido de DELCOURT, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem propôs ao TEDH a questão de decidir "*si, au cours de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour de cassation belge dans l'affaire Delcourt le 21 juin 1965, l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention, dans la mesure où cette disposition exige un procès équitable, a été violé ou non par le fait que le représentant du ministère public a participé au délibéré de la Cour de cassation*". Ao final, conquanto admitisse examinar o preceito legal à luz do artigo 6º da CEDH (mesmo ao nível da cassação), o TEDH rejeitou as pretensões de DELCOURT, entendendo que "*l'ancienneté d'une norme juridique interne ne saurait justifier un manquement aux exigences actuelles du droit international, mais elle peut éventuellement étayer l'opinion que pareil manquement n'existe pas. La Cour estime que tel est le cas. Elle relève à ce sujet qu'un parlement issu d'élections libres a délibérément décidé, à deux reprises, de maintenir ledit système [...]. En outre, l'opportunité et l'équité de la règle énoncée à l'article 39 de l'arrêté du 15 mars 1815, puis à l'article 1109 du Code judiciaire de 1967 - telle qu'on l'applique en pratique - paraissent n'avoir jamais été discutées par le barreau et l'opinion publique belges. Ce large consensus ne se comprendrait guère si l'on doutait en Belgique de l'indépendance et de l'impartialité des hommes qui oeuvrent au sein du parquet de cassation, si l'on contestait la valeur de leur apport à la jurisprudence de la cour suprême ou si leur participation au délibéré des magistrats du siège passait pour avoir ouvert la porte, fût-ce dans une seule affaire, à des injustices ou à des abus*". Por conseguinte, concluiu em abstrato que "*le système prévu par l'article 39 de l'arrêté du 15 mars 1815, tel qu'il était appliqué dans la pratique, n'était pas incompatible avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention*"; e, em concreto, que "*la Cour n'aperçoit aucune raison de constater que le parquet de cassation ait méconnu au détriment de Delcourt, à l'audience ou lors du délibéré, le devoir d'impartialité et d'objectivité inhérent à ses fonctions*".

da máxima efetividade (cf., *infra*, tópico 12.2⁹⁵⁸). Daí então se ter entendido — contra os argumentos do Reino da Bélgica — que tais garantias haviam de alcançar até mesmo os processos especiais de cassação (a que “*mutatis mutandis*” corresponderiam, no Brasil, os recursos de natureza extraordinária), em que já não se discutem os fatos ou as questões de fundo, mas apenas questões de direito tendentes a confirmar ou anular a decisão “*a quo*” (sem jamais reformá-las ou substituí-las)⁹⁵⁹. No mesmo sentido, o caso *Wemhoff*, de 27.06.1968; o caso *Airey*, 09.10.1979; o caso *Deweert*, de 27.02.1980; o caso *De Cubber*, de 26.10.1984; e o caso *Moreira Azevedo*, de 23.10.1990.

Compreende-se, outrossim, que estão sob o amparo do artigo 6º da CEDH tanto as pessoas físicas quanto jurídicas (Queixa n. 3798/68, 17.12.1968), assim como os estrangeiros e os apátridas sob a jurisdição dos Estados convenientes; a garantia aplicar-se-ia, ademais, até mesmo aos próprios Estados e às pessoas jurídicas de direito público estrangeiro⁹⁶⁰, renovando e superando a conhecida discussão sobre a possibilidade jurídica de uma *titularidade estatal* de direitos e garantias jusfundamentais⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ Pelo qual “*a uma norma deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constituconais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1149).

⁹⁵⁹ *In verbis*: “*Certes, l'article 6 (art. 6) de la Convention n'astreint pas les États contractants à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, un État qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6 (art. 6) [...]*” (g.n.).

⁹⁶⁰ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.114 e nota n. 129.

⁹⁶¹ O que é em princípio *negado* pela jurisprudência alemã, como visto acima (*BVerfGE* 21, 362, mas com abrandamentos — *supra*, nota n. 76); entendemos, porém, juridicamente possível no Brasil, com base no artigo 52 do NCC (a que equivale o artigo 19, 3, da GG), desde que se trate de direito fundamental **funcionalmente compatível** com a condição jurídica do Estado (afastando-se, p.ex., o direito à liberdade) e este se encontre concretamente em **estado de sujeição**. É precisamente o caso do “*procedural due process*”, considerando-se as incontáveis hipóteses em que, p.ex., o Estado-administração figura como *parte* do processo (logo, em posição de sujeição relativamente ao Estado-juiz). É como parece caminhar a jurisprudência do TEDH, embora ainda com hesitações. Em sentido semelhante, admitindo essa possibilidade (embora excepcionalmente) no contexto dos “direitos de justiça” — “*Justizielle Rechte*” — da CDF, cf., por todos, Hans D. Jarass, *Eu-Grundrechte*, München, C. H. Beck, 2005, pp.441-484. *In verbis*: “*Träger des Grundrechts sind zunächst alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Drittstaatsangehörige können natürlich nur Rechte geltend machen, die nicht auf Unionsbürger beschränkt sind. Weiter sind juristische Personen und Personenvereinigungen Träger des Grundrechtes aus Art.47/107, soweit ihnen ein Recht zusteht. Unklar ist, ob und wie weit sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf des Grundrecht berufen können, sofern ihnen von Unionsrecht ein (subjektives) Recht eingeräumt ist. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn juristische Personen des öffentlichen Rechts ausnahmsweise Grundrechtsträger sind [...]*”. Voltaremos a isso, *infra*, no tópico 16.2.

O artigo 6º assegura um processo equitativo a todas as causas em que se discutam “a determinação de direitos e obrigações de caráter civil” e o “fundamento de qualquer acusação em matéria penal”, o que também exigiu longa maturação hermenêutica (à semelhança do que se viu *supra* — tópico 10.4.1., n. IV — no âmbito da DUDH).

Em resumo, pode-se afirmar, pela jurisprudência dominante do TEDH, que se entende por “acusação” a notificação oficial ou medida similar, emanada da autoridade competente, que constranja ou censure pelo cometimento de uma infração penal. E por “infração penal” não se deve compreender apenas aquilo que a legislação nacional define como tal, ante a relativa *independência* entre os termos da CEDH e as qualificações internas dos respectivos países (*Bendenoun v. França*, 24.02.1994⁹⁶²). Deve-se considerar, assim, (a) a qualificação do direito interno em cotejo com o denominador comum aferível das legislações dos outros Estados convenientes; (b) a própria natureza “*in se*” da infração; e (c) a severidade da sanção jurídica a ela associada, tendo como referência o máximo de pena aplicável naquele sistema jurídico (v. caso *Lutz*, 25.08.1987; caso *Weber*, 22.05.1990; caso *Demicoli*, 27.08.1991). Desse modo, o TEDH tem entendido aplicar-se o artigo 6º às seguintes hipóteses: acusação da prática de uma infração penal, ainda que não punível (com o respectivo processo/procedimento); acusação formal de particular por ofensa à honra (com o respectivo processo/procedimento); procedimentos oficiais de imposição de sanções disciplinares militares ou penitenciárias de natureza grave; lacramento administrativo de estabelecimento comercial por violação de leis de preços; aplicação de sanções pela prática

⁹⁶² *In verbis*: “Quant au cas d’espèce, la Cour ne sous-estime pas l’importance de plusieurs des éléments avancés par le Gouvernement. Elle relève cependant, à la lumière de sa jurisprudence et notamment de l’arrêt Öztürk précité, que **quatre facteurs** jouent dans le sens opposé. [...] En premier lieu, les faits incriminés tombaient sous le coup de l’article 1729 par. 1 du code général des impôts (paragraphe 34 ci-dessus). Or il concerne tous les citoyens en leur qualité de contribuables, et non un groupe déterminé doté d’un statut particulier; il leur **prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d’une sanction**. [...] Deuxièmement, les majorations d’impôt ne tendent pas à la réparation pécuniaire d’un préjudice, mais visent pour l’essentiel à punir pour empêcher la répétition d’agissements semblables. [...] Troisièmement, elles se fondent sur une **norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif**. [...] Enfin, elles revêtaient en l’occurrence une ampleur considérable puisqu’elles s’élevaient à 422 534 f pour l’intéressé et 570 398 pour sa société (paragraphe 13 ci-dessus), et le **défaut de paiement exposait M. Bendenoun à l’exercice, par les juridictions répressives, de la contrainte par corps** (paragraphe 35 ci-dessus). [...] Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l’affaire, la Cour note la **prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale**. Aucun d’eux n’apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils conféraient à l’“accusation” litigieuse un “caractère pénal” au sens de l’article 6 par. 1 (art. 6-1), lequel trouvait donc à s’appliquer” (Requête n°12547/86). Como se lê, considerou-se haver, pelo contexto legislativo, “coloração penal” em um procedimento oficial destinado a submeter M. BENEDENOUN ao que a legislação francesa considerava “sanções fiscais” (e não “penais”).

de contraordenações (i.e., infrações administrativas) resultantes das tendências de *descriminalização* e de *despenalização* do último quartel do século XX^{963, 964}.

Já quanto à “*determinação de direitos e obrigações*”, para efeitos civis, entende-se presente quando o processo/procedimento discute e tenda a afirmar (ou negar) a existência de um direito subjetivo, como também quando possa modular o seu conteúdo, a sua duração e/ou as modalidades de seu exercício; ou, ainda, quando o processo/procedimento discute e tende a resolver questões de fato ou questões de direito. Isso inclui a *jurisdição administrativa*⁹⁶⁵, onde houver (e.g., França e Portugal), e até mesmo típicos *procedimentos administrativos* (como o de aprovação de transação imobiliária por uma autoridade administrativa⁹⁶⁶), o que confere à garantia europeia do processo equitativo uma

⁹⁶³ Como, no caso alemão, a migração de tipos penais para o elenco das infrações “quase penais” do *OwiG* (“*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*”, ou Lei de Infrações Administrativas — duas, de 1952 e 1987).

⁹⁶⁴ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.131.

⁹⁶⁵ V. os casos *De Moor* e *Chevrol*, sobre o direito de inscrição em ordens profissionais e os procedimentos correspondentes. Nesse último (*Chevrol v. França*, *Requête* n. 49636/99), narra-se que, em 17.02.1987, a requerente YAMINA CHEVROL, titular de diploma de doutor em medicina pela universidade de Argel (1969), solicitou sua inscrição junto ao conselho departamental da ordem dos médicos de Bouches-du-Rhône, vendo-a rejeitada porque, embora francesa, não dispunha de um diploma francês. Na sequência, recorreu onze vezes ao ministro da saúde para ver a sua situação regularizada, com fundamento no artigo 356, 2º, n. 3, do *Code de la Santé Publique*, mas sempre em vão. Igualmente derrotada em todas as instâncias recursais administrativas e no próprio *Conseil d'État*, levou o caso ao TEDH, onde se decidiu que “*il y a eu violation de l'article 6 §1º de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue par un tribunal de pleine juridiction*”, ante indevida a interferência do ministro francês para assuntos estrangeiros, ao qual o *Conseil d'État* havia reenviado a questão das condições de reciprocidade de um tratado internacional França-Argélia que beneficiaria a requerente (o que significou uma “*ingérence du pouvoir exécutif incompatible avec la qualité de “tribunal” indépendant et de pleine juridiction garantie par l'article 6 §1º de la Convention*”).

⁹⁶⁶ Cabral Barreto, *op.cit.*, pp.122-123. V. também os casos *Reigensen* e *Sramek*. No último (*Sramek v. Áustria*, *Requête* n.º 8790/79), a requerente VIERA SRAMEK, oriunda dos EUA e residente em Munique, queixou-se de que, depois de uma impugnação administrativa do controlador das transações imobiliárias (*Landesgrundverkehrsreferent*) em Hopfgarten (Tirol austríaco) à autoridade regional do Tirol (*Landesgrundverkehrsbehörde*), foi-lhe injustamente recusada a necessária autorização administrativa para, como estrangeira, adquirir imóvel naquela cidade, o que se decidiu por um colegiado administrativo que não atenderia aos rigores do artigo 6º da CEDH. Veja-se que não se tratava de típica jurisdição administrativa, como no caso *Chevrol* (*supra*, nota n. 965), mas de mero procedimento litigioso administrativo perante os órgãos regionais de regularização imobiliária. E, nada obstante, o TEDH decidiu, quanto à aplicabilidade do artigo 6º da CEDH à espécie, que “*une décision négative en la matière [de validação da transação imobiliária] devait avoir - et a eu - pour effet de frapper la transaction de nullité. Partant, l'issue de la procédure litigieuse était “déterminante pour des droits et obligations de caractère privé” (arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A n.º 13, p. 39, par. 94), de sorte que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) s'appliquait en l'espèce*”; e, quanto ao mérito do caso, decidiu que “*dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant - comme en l'espèce - dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société*

abrangência *ultrajurisdicional*, abrangendo meios de defesa que a doutrina reputa “ não jurisdicionais”, como as garantias impugnatórias administrativas⁹⁶⁷. O direito ou obrigação a determinar, ademais, deve ser de natureza eminentemente *privada* (i.e., dotada de *objeto patrimonial*)⁹⁶⁸; mas essa definição pode ser feita pelo TEDH de modo autônomo, teleológico e funcional, prendendo-se ao conteúdo material e aos efeitos que o sistema jurídico nacional confere àquele direito, e não à sua classificação perante aquele sistema interno (v. *König v. República Federal da Alemanha*, 14.12.1976). Com isso, não raramente o conceito de “*direitos e obrigações civis*”, no entendimento da Corte, extrapola os contornos clássicos da expressão “direito privado”. Admite-se, inclusive, que se conjuguem elementos de direito público e de direito privado; e se um mesmo direito possuir características de ambos, admitir-se-á o tratamento *ex* artigo 6º desde que se possa aferir, por pesos, a *predominância* da natureza privada.

Por outro lado, é certo que, para os efeitos do artigo 6º da CEDH, (a) o processo/procedimento deve *decidir* a respeito daqueles direitos e obrigações, i.e., deve ter *caráter de determinância* (o que afasta do conceito, p.ex., as sentenças terminativas de instância, prolatadas sem resolução de mérito, ou mesmo as medidas cautelares e provisórias que não afetam a questão de fundo⁹⁶⁹, não podendo ser questionadas perante o TEDH com base no preceito em testilha; já não é assim com as *execuções civis*, ao menos na perspectiva da duração razoável⁹⁷⁰); e (b) o direito material “*sub iudice*” tem de ser

démocratique (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Piersack précité, série A n° 53, pp. 14-15, par. 30). [...] Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)”.

⁹⁶⁷ Cf., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.481-482.

⁹⁶⁸ Nesse aspecto, avançou mais a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 47 dispõe: “*Toda a pessoa cujos **direitos e liberdades** garantidos pelo direito da União tenham sido violados têm direito a uma ação perante um tribunal*” (g.n.). Não se especificam “direitos civis”, possibilitando textualmente uma hermenêutica mais complexiva (como, de resto, também se fez no sistema americano, quando se dispôs, no artigo 8º, 1, do PSJCR, que as garantias judiciais vigem “*na apuração de qualquer acusação penal [...] ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*” — cf., *infra*, o tópico 10.4.3). Reconhecendo essa diversa inflexão, VITAL MOREIRA *et al.* registram que, “*em direito comunitário, o direito a um tribunal [independente, imparcial, etc.] não se aplica apenas a litígios relativos a direitos e obrigações do foro civil. É uma das consequências do facto de a Comunidade ser uma comunidade de direito, tal como estabelecido pelo Tribunal de Justiça no processo 194/83, Os Verdes contra Parlamento Europeu (acórdão de 23 de Abril de 1986, Collect. p. 1339). Porém, com excepção do seu âmbito de aplicação, as garantias dadas pela Convenção [CEDH] são aplicadas de modo similar na União*” (*op.cit.*, p.145).

⁹⁶⁹ Cf., nesse sentido, as Queixas ns. 7.990/77, 8.988/80 e 41.237/98.

⁹⁷⁰ Para o contexto português, v., p.ex., os casos *Martins Moreira* (*Affaire* n. 21/1987/144/198, 26.10.1988, A-143), *Silva Pontes* (*Requête* n. 14940/89, 23.03.1994, A-286-A) e *Estima Jorge* (*Affaire* n. 16/1997/800/1003,

minimamente defensável nos lindes do ordenamento jurídico interno do Estado requerido, pois o preceito do artigo 6º confere aos cidadãos apenas uma garantia processual, não uma fonte autônoma — jurisprudencial — de direitos materiais, manejável na perspectiva do “justo universal”. No precitado caso *König*, ao discutir o âmbito de aplicação deste mesmo artigo 6º, assentou-se que

“L’interprétation téléologique sur laquelle l’arrêt [caso Ringeisen] paraît se fonder principalement, sans le dire dans des termes exprès, trouve ses limites dans le système de la Convention. L’idée de base d’une telle interprétation est que la Convention a été faite principalement pour protéger l’individu contre la puissance publique, pour lui donner certaines garanties vis-à-vis de celle-ci. Par conséquent, elle devrait toujours s’appliquer lorsque la situation de l’individu vis-à-vis de la puissance publique est en cause. Cependant, pour pouvoir formuler des déductions concrètes de ce principe **il faudrait avant tout prouver que l’on est en présence d’un droit que la Convention a eu l’intention de garantir d’une certaine manière, sinon l’on risque de passer le seuil de l’interprétation téléologique et de s’aventurer sur le terrain de la politique législative**”⁹⁷¹.

Foi-se ainda além e se pacificou, mais, que *o artigo 6º não assegura, “de per se”, qualquer conteúdo material aos direitos reconhecidos na ordem jurídica interna*⁹⁷²; e tampouco serve para *prover limitações materiais aos direitos consagrados pelas legislações nacionais*⁹⁷³. À mercê dessa premissa, termina-se por concluir que, ao menos

21.04.1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II). Neste último — de um cidadão que aguardou treze anos para ver terminada a execução judicial de uma hipoteca notarial sobre imóvel de Carcavelos —, o TEDH assentou que o artigo 6º aplica-se mesmo aos processos autônomos de execução, independentemente da natureza do título executivo (judicial ou extrajudicial), porque o sistema legal português também confia aos órgãos judiciais (tribunais) a guarda e o curso desses processos. Já naquele primeiro caso, registrou-se que “*la longue durée de la procédure l’a empêché d’obtenir le versement, même partiel, de l’indemnité de 1.032.000 escudos que lui avait allouée la cour d’appel d’Evora (paragraphe 33 ci-dessus). En effet, la responsabilité de la compagnie Império était limitée à 200.000 escudos (paragraphe 10 ci-dessus), à répartir entre la compagnie intervenante Comércio e Indústria et les demandeurs au principal, MM. Pontes et Martins Moreira (paragraphe 36 ci-dessus). Pour le reste, la faillite de la société défenderesse Gestetner n’aurait pas permis au requérant de recouvrer sa créance (paragraphe 36 ci-dessus) et il risque de ne rien recevoir du tout vu l’énormité du passif. Il en irait ainsi, notamment, des frais assumés par lui pour suivre des traitements médicaux; la juridiction compétente les a évalués à 532.000 escudos*”. E, por conta da mora imputável às autoridades judiciais portuguesas, Portugal viu-se instado a indenizar o cidadão MARTINS MOREIRA em 2.000.000 escudos por danos morais, além de outras indenizações.

⁹⁷¹ *König v. RFA*, 14.12.1976 (g.n.) — voto em separado do juiz MATSCHER (também votaram separadamente os juízes WIARDA e PINHEIRO FARIA).

⁹⁷² Cabral Barreto, *op.cit.*, p.115, citando *Ligthow et al.* (08.06.1986).

⁹⁷³ Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8ª éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2006, p.334. No entanto, SUDRE também observa que, mais recentemente, constatou-se certa

para efeitos diretos, o TEDH não reconhece qualquer conexão possível entre as dimensões do “*substantive*” e aquela do “*procedural due process*”. O que muito revela, na interpretação da cláusula do devido processo, da tradição romano-germânica predominante entre os Estados convenentes do TEDH: a sua dimensão *procedimental* é quase exauriente, insistindo-se na compactação de uma barreira semântica entre as duas manifestações da “*due process clause*” que — ver-se-á — não é tão impermeável.

10.4.3. O DEVIDO PROCESSO NA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (22.11.1969)

I. Nas Américas, a partir do final da década de sessenta, forjou-se um renovado *Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos*, com o propósito de gerenciar eficazmente a proteção dos direitos humanos junto aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. O atual sistema americano de direitos humanos se estriba basicamente na *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, porque adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, no dia 22.11.1969. No plano internacional, o tratado entrou em vigor no dia 18.07.1978, após a décima primeira ratificação. O Brasil o aprovou internamente somente em 25.09.1992, por meio do Decreto Legislativo n. 27, promulgando-o depois pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992, do Presidente da República. Em seu ato de ratificação, o Governo brasileiro oficializou declaração interpretativa com referência aos artigos 43 e 48, “*d*”, do PSJCR, no sentido de que a possibilidade ali prevista de se promoverem “investigações” em território nacional não incluiria “*o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão de anuência expressa do Estado*”.

tendência do TEDH em *fazer abstrações do direito interno*, para afirmar que a noção de “direito” é uma noção **autônoma** na acepção do artigo 6º da CEDH (e.g., *Mennitto v. Itália*, 5.01.2000; *Posti et Rahko v. Finlândia*, 24.09.2002). A ser realmente uma inflexão hermenêutica, flertará melhor com a *concepção integrada* da “*due process clause*” que este trabalho propõe.

Os antecedentes normativos do PSJCR estão referidos em seu terceiro *considerando*, a saber: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (10.12.1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (30.04.1948) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (30.04.1948), as duas últimas aprovadas na IX Conferência Internacional Panamericana (Bogotá), sendo a última o seu precedente mais direto. Nem todos os trinta e cinco Estados-membros da OEA ratificaram o PSJCR; recusam-no, em especial, os de origem anglo-saxônica e os do Caribe, à exceção de Barbados. Por tal razão, é usual a crítica de que o PSJCR não é verdadeiramente um instrumento interamericano, mas sobretudo um instrumento *latino-americano*. De todo modo, é o mais completo e orgânico texto internacional de proteção dos direitos humanos que os povos americanos conheceram. Houve uma especial preocupação com a *efetividade* do arcabouço normativo, criando-se, para a fiscalização do cumprimento de seus preceitos e o julgamento dos desvios dos signatários, dois órgãos com funções similares àquelas vistas no modelo europeu (*supra*, tópico 10.4.2, n. II): a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*.

Além do PSJCR, o sistema americano de direitos humanos conta ainda com um protocolo facultativo sobre direitos econômicos, sociais e culturais (o *Protocolo de San Salvador*, aprovado em 17.11.1988), um protocolo facultativo relativo à abolição da pena de morte nos países da OEA (aprovado em Assunción, Paraguai, no dia 08.06.1990) e quatro convenções setoriais sobre prevenção e punição da tortura (1985), sobre o desaparecimento forçado de pessoas (1994), sobre a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher (a *Convenção de Belém do Pará*, de 1994) e sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999).

II. O PSJCR dispôs, em seu artigo 8º, o seguinte:

“Artigo 8º. Garantias judiciais

“1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

“2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

“a-) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

“b-) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

“c-) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

“d-) direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

“e-) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

“f-) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

“g-) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

“h-) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

“3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

“4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

“5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

Mas não se exaurem neste artigo as garantias processuais do Pacto de San José. Em seu artigo 5º, ns. 4 e 5, ao tratar do direito à integridade pessoal, o diploma cuida igualmente de uma garantia inerente ao devido processo penal (e à decorrente condição de *preso provisório*⁹⁷⁴), que é a *custódia processual adequada*, em condições de segregação espacial e indenidade física e moral. Ou seja:

“[...] 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

⁹⁷⁴ I.e., de pessoas detidas *em caráter precário*, antes de haver condenação penal transitada em julgado. São as chamadas “prisões processuais penais”, ou “prisões cautelares penais”, que no Brasil, p.ex., são de cinco espécies: prisão por flagrante delito; prisão temporária (Lei n. 7.960/89); prisão preventiva (artigo 312 do CPP, com os requisitos do “*fumus comissi delicti*” e do “*periculum libertatis*”); prisão decorrente de pronúncia nos procedimentos de júri; e prisão decorrente de condenação criminal recorrível (quanto presentes os pressupostos da prisão preventiva — cf., e.g., STF, HC n. 99.914/SC, 2ª T., rel. Min. ELLEN GRACIE [rel. p/ acórdão Min. CELSO DE MELLO], j. 23.03.2010).

“5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento”.

Da mesma forma, no artigo 7º (direito à liberdade pessoal), em seu n. 5, dispõe-se que

“[...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Esses preceitos (artigo 5º, 4 e 5, e 7º, 5) revelam de modo eloquente a característica da **interdependência** entre os diversos direitos fundamentais⁹⁷⁵. Com efeito, não se garante plenamente a integridade ou a liberdade pessoal sem que os poderes de intervenção e de restrição da autoridade pública se encontrem limitados por um devido processo, ou sem que esses direitos todos sejam pensados e assegurados de modo autorreferente. Daí porque, no sistema americano, as garantias processuais extravasam o “*locus*” próprio e permeiam dispositivos definidores de liberdades e direitos materiais.

III. Quanto ao artigo 8º do PISJCR, L. F. GOMES⁹⁷⁶ observa que todas as garantias ali contempladas dizem com o devido processo legal (procedimental), a abranger, nos termos do preceito, a garantia da *ampla defesa*, com as dimensões da *autodefesa* (artigo 8º, 2, “*d*”, 1ª parte) e da *defesa técnica* (artigo 8º, 2, “*d*”, 2ª parte); e, como consectários de ambas, os seguintes direitos: o *direito de audiência*; o *direito a intérprete ou tradutor*; o *direito de presença* nos atos processuais (“*right to be present*”), inclusive para se confrontar com partes e testemunhas; o direito de *participação contraditória* na produção das provas orais; o *direito de comunicação livre e reservada com o defensor*; e o *direito de postulação pessoal*.

⁹⁷⁵ Pela característica da *interdependência*, “as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades” (Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais...*, p.41); evidentemente, a mesma ideia se aplica — e até com maior razão — às previsões internacionais de garantias, direitos e liberdades fundamentais (que geralmente aparecem nos chamados “tratados constitucionais”).

⁹⁷⁶ Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pp.70 e ss.

O *direito de audiência*, como visto, comunica-se com o próprio artigo 7º, 5, do PSJCR, onde ademais se associa à garantia da duração razoável do processo. Tais preceitos convergem para a norma do artigo 9º, 3, do PIDCP, pelo qual “*toda pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada*”⁹⁷⁷. Por força desse direito — que, “*contemplado nesta Convenção, faz parte do devido processo legal vigente no Brasil*”⁹⁷⁸ —, tem-se entendido, no Brasil, que o acusado pode se entrevistar com o juiz, reclamando o seu próprio interrogatório, mesmo quando os procedimentos legais não o previrem⁹⁷⁹ (como se dava, p.ex., na Lei n. 5.250/67 — Lei de Imprensa —, recentemente declarada pelo STF contrária a princípios fundamentais da Constituição de 1988⁹⁸⁰).

O *acesso à jurisdição*, por outro lado, não pode estar sujeito a custos e dificuldades injustificáveis, tendentes a impedir ou mesmo a dificultar de modo irrazoável um provimento jurisdicional (caso *Canto*, 28.11.2002). E, da mesma forma, a própria *direção do processo* — promovida pelos juízes — deve ser realizada de maneira a se obter um resultado útil, o que significa que o *formalismo* desnecessário não pode ser obstáculo para a realização da justiça. Quanto a isso, particularmente, é interessante revisitar o caso *Myrna Mack Chang* (25.11.2003), obviando que os predicamentos do “*procedural due process*” não podem engendrar a própria *aniquilação* das pretensões materiais “*sub iudice*”, inclusive no plano da persecução processual-penal (ressaltando, para as Américas, a **tensão dialético-compreensiva** que se deve estabelecer entre o processo e o direito, entre a dimensão procedimental e aquela substantiva do devido processo). *In verbis*:

“[...] 2. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 4 (Derecho a la Vida), **8 (Garantías Judiciales)**, 25 (Protección Judicial) en conjunción con el artículo 1.1

⁹⁷⁷ No PIDCP, porém, a garantia não foi destacada topologicamente, aparecendo ao lado das demais garantias do devido processo penal.

⁹⁷⁸ Gomes, Mazzuolli, *op.cit.*, p.71.

⁹⁷⁹ Cf., e.g., STF, HC n. 68.129/RS, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 02.10.1990 (reconhecendo, em relação à própria Lei de Imprensa brasileira — antes de ser declarada inteiramente inconstitucional —, que bastaria ao acusado *requerer* o próprio interrogatório, cabendo então ao juiz ouvi-lo, ainda que o procedimento legal não previsse semelhante ato processual).

⁹⁸⁰ STF, ADPF n. 130, Tribunal Pleno, Min. AYRES BRITTO, j. 04.05.2009.

(Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana en perjuicio de Myrna Elizabeth Mack Chang (en adelante “Myrna Mack Chang”) y sus familiares, “en razón de la **ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang** [ocurrida] **el 11 de septiembre de 1990 en Ciudad de Guatemala.** [...]”

“**4.** Según la Comisión, **Guatemala es responsable de la privación arbitraria del derecho a la vida de Myrna Mack Chang**, toda vez que el asesinato de la víctima, perpetrado el día 11 de septiembre de 1990, fue consecuencia de una **operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial.** Dicho plan consistió, en primer lugar, en seleccionar a la víctima de manera precisa debido a su actividad profesional; en segundo lugar, en asesinar brutalmente a Myrna Mack Chang; y en tercer lugar, en **encubrir a los autores materiales e intelectuales del asesinato, entorpecer la investigación judicial y dejar en la medida de lo posible el asesinato inmerso en la impunidad.** La Comisión agregó que el Estado no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable. Esta situación se ha visto agravada por **la existencia y tolerancia por parte del Estado guatemalteco de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia.** [...]”

“**134.6.** Myrna Mack Chang fue vigilada y ejecutada extrajudicialmente en una operación de inteligencia militar elaborada por el alto mando del Estado Mayor Presidencial;

“**134.7.** La ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang tuvo una motivación política, en razón de las actividades de investigación que desarrollaba sobre las Comunidades de Población en Resistencia (CPR) y las políticas del Ejército guatemalteco hacia las mismas. Esta situación la llevó a ser señalada como una amenaza para la seguridad nacional y para el Gobierno guatemalteco; [...]”

“**207.** . Sin embargo, la Corte llama la atención a que en el proceso penal referido, la interposición frecuente de ese recurso, aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales. Este Tribunal considera que **el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios.** A su vez, el trámite de los recursos de

amparo con sus respectivas apelaciones fue realizado sin sujeción a los plazos legales, ya que los tribunales de justicia guatemaltecos tardaron en promedio aproximadamente seis meses en decidir cada uno. Esa situación provocó una paralización del proceso penal.

“208. Por otra parte, la Corte observa que desde el 9 de febrero de 1994, fecha en la que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala dejó abierto el proceso contra los presuntos autores intelectuales de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, **la defensa promovió una extensa serie de articulaciones y recursos** (pedidos de amparo, inconstitucionalidad, recusaciones, incidentes, incompetencias, nulidades, pedidos de acogerse a la Ley de Reconciliación Nacional, entre otros), **que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural.**

“209. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido **tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.**

“210. El **derecho a la tutela judicial efectiva** exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a **evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad.**

211. A la luz de lo anteriormente dicho, la Corte considera que **los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad.** De este modo, **si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial.** Esto conduce a la **violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos** y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones” (CIDH, *Mack Chang v. Guatemala*, 25.11.2003 [g.n.])⁹⁸¹.

⁹⁸¹ Cf. http://190.41.250.173/RIJ/BASES/jurisp/Corte/Guatemala/myrna_urrutia/myrna_mack_fondo.pdf; nas próprias bases de dados da CIDH; ou ainda <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2194/19.pdf> (acesso em 22.01.2011). Trata-se do primeiro caso em que os representantes dos familiares da vítima apresentaram pessoalmente a demanda, em consonância com o novo Regulamento da Corte Interamericana de Direitos

Repita-se, por importante: *fere a garantias do devido processo legal o exercício abusivo dos direitos de defesa*, i.e., aquele que venha a sacrificar a justiça em prol de um formalismo (ou de um inconformismo) redundante e desnecessário. Devido processo legal, portanto, não significa apenas *forma*, nem tampouco apenas *defesa*.

IV. A norma em testilha (artigo 8º do PISJCR) assegura, outrossim, as “devidas garantias” em toda sorte de processos/procedimentos nos quais se determinem direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, tributário, penal (“*acusação penal*”) ou, ainda, “*de qualquer outra natureza*”. Essa passagem traduz a superioridade do PSJCR, no particular, em relação à CEDH (que se limitou aos processos/procedimentos voltados à determinação de direitos e obrigações de natureza *civil*, sem a extensão semântica do Pacto de San José — *supra*, tópico 10.4.2, n. V, e nota n. 968): a garantia do devido processo legal procedimental, no sistema americano, tem sua literalidade mais afinada à natural flexibilidade hermenêutica que se deve esperar de normas-garantia desse jaez.

Tal garantia (ou “*mega-garantia*”, na dicção de L. F. GOMES), na interpretação das cortes americanas, tem se espalhado em seis searas distintas (planos civil e penal)⁹⁸²:

- garantias mínimas em relação à jurisdição (*e.g.*, acesso à justiça, juiz natural, independência e imparcialidade judiciais, dever de motivação das decisões “*secundum ius et secundum petitum*”, duplo grau de jurisdição penal, proibição da “*reformatio in peius*” na jurisdição penal, garantia da efetividade das decisões);
- garantias mínimas em relação às partes (*e.g.*, paridade de armas e ampla defesa);
- garantias mínimas em relação às provas (*e.g.*, presunção de inocência, “legalidade” e “judicialidade” na comprovação da culpabilidade penal);

Humanos, que entrou em vigor em 1º.06.2001 e aproximou o modelo americano, quanto ao acesso mais amplo, do próprio modelo europeu (*supra*). Nos termos do n. 107 desta mesma decisão, “*A la luz de la evolución del sistema de protección de derechos humanos, donde hoy en día, las presuntas víctimas o sus familiares pueden presentar de manera autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y esgrimir pretensiones coincidentes o no con las de la Comisión*”.

⁹⁸² Cf. Gomes, Mazzuolli, *op.cit.*, pp.81-82; Antonio Scarance Fernandes, “*Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal*”, in *Os 10 Anos da Constituição Federal*, Alexandre de Moraes (coord.), São Paulo, Atlas, 1999, p.188. Voltaremos a essas garantias, com vagar, no tópico 16.5.2.

- garantias mínimas em relação ao processo (*e.g.*, modelo acusatório no processo penal, contraditório, publicidade, oralidade, duração razoável, “*non bis in idem*” processual);
- garantias mínimas em relação às medidas cautelares processuais penais (*e.g.*, estrita legalidade, necessidade, custódia processual adequada à condição do réu⁹⁸³);
- garantias mínimas em relação à execução (*e.g.*, legalidade, jurisdicionalidade);
- garantias mínimas em relação ao “devido processo consensual” (*i.e.*, garantias constitucionais e legais específicas para os procedimentos processuais penais de “*nolo contendere*” e às transações penais — no Brasil, v. artigo 98, I, da CRFB e Lei n. 9.099/95).

V. Releva apontar, alfim, que a doutrina sul-americana tem logrado extrair do artigo 8º do PSJCR a *dupla dimensão* da “*due process clause*”, à diferença do que se viu no caso europeu (ao menos à luz da jurisprudência do TEDH). Nessa linha, é do escólio de L. F. GOMES⁹⁸⁴, ao comentar o preceito — que perfaz, a um tempo, *direito* e *garantia* —, que

“O princípio da proteção judiciária ou da *inafastabilidade do controle jurisdicional* constitui [...] a principal garantia dos direitos subjetivos: fundamenta-se na doutrina da separação dos poderes e é ‘a garantia das garantias constitucionais’; ela ademais está estreitamente coligada com as *garantias processuais* que, em última instância, nada mais representam que legítimas expressões da (mega) garantia do *devido processo* (*due process*). Todos os Estados possuem o dever de adequar seu direito interno às normas da Convenção Americana para que se respeite o devido processo legal, mesmo em momento de emergência (Corte Americana de Direitos Humanos, OC 9/87, de 06.10.1987, parágrafo 27)”.

Ademais, diz o autor,

“não basta limitar o Estado somente do ponto de vista *procedimental*, obrigando-o a respeitar o ‘processo justo’ definido em lei. Tão relevante quanto a observância das *formalidades legais devidas* é a **imposição de limites à própria criação jurídica do Direito**. De nada adianta estabelecer limites formais à atuação estatal, se ela não conta com barreiras no preciso momento da *formulação*

⁹⁸³ *Ut* artigo 5º, 4 e 5, do PSJCR, como apontado há pouco.

⁹⁸⁴ Gomes, Mazzuolli, *op.cit.*, pp.74-76 (*g.n.*).

dessas mesmas regras jurídicas, primordialmente as que se destinam a restringir a liberdade das pessoas. [...] **Justo ou devido [...] deve ser não só o processo, senão também a própria elaboração da lei, seja no aspecto formal, seja substancial (material), porque o legislador não pode transformar em ‘processo devido’ o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional e indevido.** [...] Duas, conseqüentemente, são as emanações básicas da cláusula original (do devido processo legal) e que chegaram até nossos dias: 1ª) o *substantive due process of law* e 2ª) o *judicial due process of law* (também conhecido como *fair trail* ou *judicial process* ou ainda ‘devido processo procedimental’) . [...] Toda pessoa tem direito de reivindicar não somente que qualquer restrição à sua liberdade ou propriedade ocorra rigorosamente consoante os *ditames legais* (*judicial process*), senão sobretudo que o legislador observe o valor *justiça* também no momento da construção dessas normas, de tal modo a impedir-lhe que crie um arbitrário e injusto conjunto normativo (*substantive process*). Neste aspecto, como se vê, **o devido processo identifica-se com o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade).** [...] O princípio do devido processo, sob esse prisma substancial, como se vê, constitui valioso instrumento de controle da atividade pública, principalmente da legislativa. **A lei deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão, sobretudo, conforme o valor ‘justiça’ (aspecto substancial),** que vem retratado na Constituição [do Brasil] assim como **no Direito Internacional dos Direitos Humanos**”.

Cediço, portanto, que, ao menos pelas vozes da doutrina, a garantia do devido processo tem inspirado reflexões de distinto alcance e sentido em cada um dos lados do Atlântico. Na doutrina americana, extrai-se todas as suas potencialidades, nos planos processual e material, a ponto de se admitir textualmente a sua aptidão para *limitar a criação jurídico-legislativa* no ambiente interno dos Estados-membros (i.e., interação como “*substantive due process*”). No caso europeu, ao revés, doutrina e jurisprudência (TEDH) são explícitos ao pontuar que a garantia do artigo 6º (processo equitativo) *não assegura conteúdos materiais e nem provê limitações* nos direitos reconhecidos pelas ordens jurídicas internas (*supra*). Detecta-se, pois, um eloquente cisma paradigmático.

Com efeito, basta lembrar, para o caso americano, toda a doutrina desenvolvida a partir da jurisprudência estadunidense (*supra*, tópicos 10.1.5.2 e 10.1.5.3), que influenciou

diretamente o marco hermenêutico do devido processo legal nas cortes superiores latino-americanas⁹⁸⁵; e, no hemisfério sul, bastam-nos os próprios L. F. GOMES e MAZZUOLI, ambos representativos do pensamento latino-americano a respeito do devido processo. Já para o caso europeu, como visto no tópico 10.4.2, consultaram-se, entre outros, FRÉDÉRIC SUDRE (*Droit européen...*), GUERRA MARTINS (*Direito Internacional...*), JARASS (*EU-Grundrechte*), VITAL MOREIRA *et al.* (*Carta dos Direitos...*) e CABRAL NETO (*A Convenção Europeia...*), esse último com vigoroso estudo da jurisprudência do TEDH; para mais, examinou-se ainda o compêndio comentado de DELMAS-MARTY e LUCAS DE LEYSSAC⁹⁸⁶. Em nenhuma dessas obras, a garantia do devido processo (ou do “processo equitativo” — valendo observar que a expressão “*due process*” não é utilizada nem na CEDH, nem na CDF⁹⁸⁷) é consistentemente explorada em suas possíveis tangências jurídico-materiais ou sequer conectada à tradição anglo-saxônica do “*substantive due process*”. Pode-se por isso **reafirmar** (*supra*, tópico 10.2, n. V), agora com maior segurança, que no âmbito europeu a expressão “processo equitativo” (ou “*procès équitable*”⁹⁸⁸, ou “*giusto processo*”⁹⁸⁹, ou ainda “*fairen Verfahren*”⁹⁹⁰) tem sido essencialmente utilizada como sinônima de “*procedural due process*”, protagonizando, no

⁹⁸⁵ Cf., e.g., STF, ADI n. 173/DF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 25.09.2008. *In verbis*: “3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário [...]” (g.n.). V. ainda, quanto ao Estatuto do Desarmamento brasileiro (Lei n. 10.826/2003), a ADI n. 3112, afastando, por desproporcional, a proibição legal de fiança em crime de perigo com pena mínima não superior a dois anos.

⁹⁸⁶ Delmas-Marty *et al.*, *Libertés...*, *passim*.

⁹⁸⁷ Anotando-se, mais, que o artigo 6º da CEDH vale-se do adjetivo “*fair*” (“*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”), que remonta à expressão “*fair trial*”, por sua vez tradicionalmente associada ao conceito e aos conteúdos do “*procedural due process*” (Gomes, Mazzuoli, *op.cit.*, pp.75-76).

⁹⁸⁸ V., *supra*, a nota n. 922 (com FAVOREU e outros).

⁹⁸⁹ V., e.g., Mário Pisani, “‘*Giusto processo*’ e partecipazione dell’imputato alle rogatorie dibattimentali”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2004, n. 4, pp.1217-1224 (e especialmente às pp.1219-1220, quanto aos predicamentos do “*giusto processo*” no artigo 111 da Constituição italiana, no artigo 6º da CEDH e no artigo 14 do PIDCP, atendo-se ao binômio processo/procedimento, em particular quanto aos direitos de instrução processual do acusado; ou, como disséramos no n. IV *supra*, “direito de participação contraditória na produção das provas orais”).

⁹⁹⁰ V., e.g., Jarass, *EU-Grundrechte*, pp.453-455 (resumindo o “*fairen Verfahren vor Gericht*” a dois aspectos fundamentais, a saber, o “*Recht auf Gehör*” e a “*Waffen- und Chancengleichheit*”, sem outros desdobramentos relevantes); e, com maior fôlego, Frank Johnigk *et al.*, *Das faire Verfahren...*, *passim* (especialmente pp.01-13, 33-49/52-53 e 77-92 — respectivamente para Alemanha, Suíça e Áustria).

meio europeu, um plexo de sentidos bem mais *restrito* que a congênere “*due process of law*” (ou “devido processo legal”) no panorama americano.

§ 11º. GARANTIAS PROCESSUAIS NO DIREITO PÓS-MODERNO

11.1. MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE A PARTIR DE JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, KARL POPPER, ALAIN TORAINE E JÜRGEN HABERMAS

I. A *modernidade clássica* — de tipo *liberal* — identifica-se, em suas origens, com as modernas democracias ocidentais capitalistas. Por isso mesmo, os conseqüências dessa modernidade bem se exprimem pelo que descrevemos, alhures, sobre as declarações liberais e todo o seu contexto histórico (*supra*, tópicos 10.1.3 e 10.2): individualismo com impessoalidade — esplendidamente representada pelas “*fichas simbólicas*” (como o papel-moeda) e pelos “*sistemas-peritos*” (como os sistemas bancários, de transporte aéreo ou de informática, que utilizamos sem quaisquer pretensões de compreensão e com os quais criamos relações de confiança), tal como demonstra GIDDENS⁹⁹¹ —, o culto às liberdades públicas e aos respectivos “*Freiheitrechte*” (direitos de liberdade), o culto à legalidade, a igualdade jurídico-formal, a racionalidade cartesiana, a previsibilidade.

Já por *pós-modernidade* haveremos de entender, aqui e doravante, a expressão *sociocultural da macrosociedade pós-industrial sob irreversível globalização econômica*

⁹⁹¹ Anthony Giddens, *As conseqüências da modernidade*, trad. Raul Fiker, 2ª ed., São Paulo, Editora UNESP, 1991, pp.11 e ss. Para GIDDENS, a modernidade rompe com a ideia de *comunidade* — uma e personificada no seu dirigente (o senhor feudal, o rei, o líder religioso, o cacique, etc.) — e com a própria ideia de que o poder político é inerente a esse dirigente e com ele se confunde; em substituição, abre passagem à ideia de uma sociedade dividida em interesses conflitantes (a própria Revolução Francesa parte claramente desse pressuposto) e àquela de um poder político impessoal, de dominação racional (WEBER), dando origem à figura do Estado moderno. Nesse sentido, a modernidade liga-se a uma sorte de “*estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência*” (*idem*, p.11), engendrando o rompimento com o “*referencial protetor da pequena comunidade e da tradição, substituindo-a por organizações muito maiores e impessoais. O indivíduo se sente privado e só num mundo em que lhe falta o apoio psicológico e o sentido de segurança oferecidos em ambientes mais tradicionais*” (Anthony Giddens, *Modernidade e Identidade*, trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2002, p.38 [g.n.]). Daí, na pós-modernidade, o “*vício por segurança*” apontado pelo sociólogo polonês ZYGMUNT BAUMAN (*infra*, nota n. 1003).

— por isso designada como “*the cultural logic of late capitalism*” (JAMESON⁹⁹²) —, com as características da pluricentralidade e da diversidade⁹⁹³, da fragmentação, da desreferencialização, do relativismo e das incertezas; e ainda, num certo sentido, da própria entropia (da cultura, dos discursos, das sociedades). Pós-modernidade não implica irracionalidade; é apenas a proposta de uma *nova racionalidade* (mais intuitiva, talvez). A expressão surge, pela primeira vez, com o espanhol FREDERICO DE ONÍS, na década de trinta, ao empregar o termo “*postmodernismo*” para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo⁹⁹⁴. Não é tarefa fácil definir ou situar o fenômeno pós-moderno no tempo histórico; nem é nossa pretensão fazê-lo com profundidade, ao menos nos limites deste trabalho.

Todavia, por simples aproximação, pode-se dizer, com LYOTARD⁹⁹⁵ — um dos protagonistas da crítica pós-moderna —, que a viragem da pós-modernidade se dá a partir do final da década de cinquenta⁹⁹⁶, quando a Europa completa sua reconstrução e a lógica dos discursos se torna conjuntural, ante as incertezas do porvir⁹⁹⁷. Denunciando que o *conhecimento científico* é também ele um tipo de discurso, com pretensões de objetividade, e que nesse sentido reclama um tipo de legitimação formal similar àquela que se reconhece ao discurso legislativo (para a positivação de leis como normas) — o que significa que, por

⁹⁹² Fredric Jameson, *Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism*, Durham, Duke University Press, 1991, *passim*.

⁹⁹³ “*Es necesario sustituir el narcisismo prepotente y estrecho de una cierta mirada moderna — condenada a ver sólo aquello que sin desplazarse lo más mínimo su limitada vista alcanza — por la generosidad de una determinada mirada postmoderna, capaz de atisbar diferentes paisajes y de apreciar la riqueza en la diversidad*” (Alfredo Saldanha, *Modernidad y postmodernidad: Filosofía de la cultura y teoría estética*, Valencia, Episteme, 1997, p.15 [g.n.]).

⁹⁹⁴ Nilson Thomé, “*Considerações sobre modernidade, pós-modernidade e globalização nos fundamentos históricos da educação no contestado*”, in *Veja S. Paulo*, São Paulo, Abril, 2008, ano 41, n. 22, *passim*.

⁹⁹⁵ Jean-François Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, trad. Geoff Bennington, Brian Massumi, Minneapolis, Minnesota University Press, 1984, pp.03 e ss.

⁹⁹⁶ O que, porém, não é decerto unânime. ARNOLD TOYNBEE, ao empregar a expressão “*idade pós-moderna*” pela primeira vez em sua obra, no oitavo volume de “*Study of History*” (1954), pretendeu definir uma época iniciada com a guerra franco-prussiana (1870-1871). V. Nilson Thomé, *op.cit.*, *passim*.

⁹⁹⁷ “*Our working hypothesis is that the status of knowledge is altered as societies enter what is known as the post-industrial age and cultures enter what is known as the postmodern age. This transition has been under way since at least the end of the 1950s, which for Europe marks the completion of reconstruction. The pace is faster or slower depending on the country, and within countries it varies according to the sector of activity: the general situation is one of temporal disjunction which makes sketching an overview difficult. A portion of the description would necessarily be conjectural. At any rate, we know that it is unwise to put too much faith in futurology*” (Lyotard, *op.cit.*, p.03).

essa visão de mundo, “justo” e “verdadeiro” partilhariam os mesmos pressupostos sociais⁹⁹⁸ —, põe em xeque os grandes esquemas explicativos da realidade (o “*breaking up of the grand Narratives*”, já que “Ciência” e “Verdade” não seriam equivalentes) e anuncia, a um tempo, o fim das metanarrativas⁹⁹⁹ (como, *e.g.*, o discurso sobre o conhecimento científico, que a rigor seria um discurso sobre o discurso) e das garantias de sentido (como, *e.g.*, o sentido universal do certo/justo = relativismo). Os pólos de atração e referência de outrora — como os Estados-nações, os partidos políticos, as profissões, as instituições, as tradições históricas e os grandes vultos da civilização — estariam em franco processo de decrepitude (= desreferencialização), à mercê de um neoindividualismo sem precedentes, no qual o indivíduo se torna a sua própria referência, o que catapulta a pluricentralidade e a entropia dos discursos: “*Each individual is referred to himself. And each of us knows that our self does not amount to much*”¹⁰⁰⁰.

Na medida em que se autorreferenciam e precisam se expressar com legitimidade, as novas individualidades não podem se exercer “*ad plenum*” sem um discurso especialmente poderoso. Assim, dia após dia, a *comunicação* se torna uma componente mais e mais proeminente no contexto das relações sociais, elevando a linguagem a um novo patamar de importância sociocultural, no qual se dilui a velha dicotomia (de fundo marxista) entre diálogo/libre expressão e manipulação pelo discurso. Nessa nova condição,

“In the ordinary use of discourse [...] the interlocutors use any available ammunition, changing games from one utterance to the next: questions, requests, assertions, and narratives are launched pell-mell into battle. The war is not without rules, but **the rules allow and encourage the greatest possible flexibility of utterance**”¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ “From this point of view, the right to decide what is true is not independent of the right to decide what is just, even if the statements consigned to these two authorities differ in nature. The point is that there is a strict interlinkage between the kind of language called science and the kind called ethics and politics: they both stem from the same perspective, the same “choice” if you will – the choice called the Occident” (Lyotard, *op.cit.*, p.08).

⁹⁹⁹ “I define postmodern as incredulity towards metanarratives” (v. Lyotard, *op.cit.*, pp.71 e ss.).

¹⁰⁰⁰ Lyotard, *op.cit.*, pp.14-15.

¹⁰⁰¹ Lyotard, *op.cit.*, p.16 (g.n.).

Ante tudo isso, pode-se enfim concluir, com JENCKS¹⁰⁰², que

“The Post-Modern Age is a time of incessant choosing. It’s an era when no orthodoxy can be adopted without self-consciousness and irony, because all traditions seem to have some validity. This is partly a consequence of what is called the information explosion, the advent of organized knowledge, world communication and cybernetics. It is not only the rich who become collectors, eclectic travellers in time with a superabundance of choice, but almost every urban dweller. Pluralism, the ‘ism’ of our time, is both the great problem, and the great opportunity [...]”

Eis a pós-modernidade: tempos de escolhas livres e superabundantes, sem hierarquia de valências, em constante autorreferência comunicativa. O que isso irradia, p.ex., para a ciências? Para a sociedade civil? E para o Estado de Direito? Para o direito público (nele entendido o direito processual)?

II. Em KARL POPPER — no seu racionalismo crítico como em seu institucionalismo — pode-se descobrir o fio condutor da pós-modernidade, antes mesmo da sua alvorada discursiva, tanto na contundente negação dos *historicismos*¹⁰⁰³ como na negação da ideia de *progresso da História*¹⁰⁰⁴. Segundo o filósofo austro-britânico, a

¹⁰⁰² Charles Jencks, *What is Post-modernism?*, London, Academy Editions, 1989, p.7. JENCKS foi pioneiro na análise do paradigma pós-moderno nos círculos da arquitetura (é arquiteto paisagista e historiador), popularizando-se depois até mesmo fora deles. Praticamente introduziu o termo no seu nicho de origem, com a obra “*The Language of Post-Modern Architecture*” (1977).

¹⁰⁰³ Karl R. Popper, *A sociedade aberta e seus inimigos*, trad. Milton Amado, 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1998, t. II (“*A preamar da profecia: Hegel, Marx e a colheita*”), p.288. *In verbis*: “*Afirmo que o historicismo não é só racionalmente insustentável, como também entra em conflito com qualquer religião que ensine a importância da consciência, pois tal religião deverá concordar com a atitude racionalista em relação à história, na ênfase que põe em nossa suprema responsabilidade pelas nossas ações e por suas repercussões no curso da história*”.

¹⁰⁰⁴ Popper, *A sociedade...*, t. II, pp.288-289. *In verbis*: “*Esta acentuação sobre o dualismo de fatos e decisões determina também nossa atitude em relação a idéias como o ‘progresso’. Se pensamos que a história progride, ou que estamos fadados a progredir, então cometemos o mesmo engano daqueles que crêem ter a história um significado que pode ser descoberto nela e não necessita ser-lhe dado. Progredir, com efeito, é mocer-se para certa espécie de fim, para um fim que existe para nós como seres humanos. A ‘história’ não pode fazer tal coisa; apenas nós, os indivíduos humanos, podemos fazê-lo. [...] Em vez de nos estaderamos como profetas, devemos tornar-nos os autores do nosso destino. [...] E quando tivermos abandonado a idéia de que a história do poder será a nossa julgadora, quando tivermos desistido de nos afligir por indagar se a histórica nos justificará, [...] poderemos mesmo, por nossa vez, justificar a história. Ela necessita desesperadamente dessa justificação*”. V. também Frederic Raphael, *Popper: o historicismo e sua miséria*, trad. Jézio H. B. Gutierrez, São Paulo, Editora UNESP, 2000, pp.43-48 (“*A natureza do progresso*”). É o **homem** quem progride (ou não) e justifica a História; não o contrário.

generalização pertence a uma linha de interesses que não se coaduna com a pesquisa histórica, porque a História tem interesse em acontecimentos específicos e na sua explicação causal. Assim, do ponto de vista de POPPER, não pode haver “leis históricas”¹⁰⁰⁵, próprias do determinismo historicista de autores como HERÁCLITO, PLATÃO, ARISTÓTELES, HEGEL e MARX¹⁰⁰⁶. Proclamou, assim, o fim das certezas impenetráveis¹⁰⁰⁷, tão caras ao pensamento totalitário e às ilusões racionalistas da modernidade¹⁰⁰⁸. E, para além disso, proclamou — antecipando-se à crítica pós-moderna de LYOTARD e de outros — a natureza eternamente *provisória, hipotética e conjectural* das teorias científicas (que são sempre *históricas*, o que não permite tomá-las por teorias “verdadeiras”, mas tão só por teorias não contrariadas factualmente em um dado momento histórico). Eis a “falseabilidade” popperiana: qualquer teoria científica malogra ante uma única observação factual negativa (o “*modus tollens*” dos lógicos), mas nenhuma quantidade de observações positivas poderá assegurar “*tout court*” a veracidade de uma teoria. Ciência e Verdade não são (necessariamente) intercambiáveis. Ao revés: em leituras mais radicais da falseabilidade popperiana, só seriam genuinamente “científicas” aquelas teorias que possuíssem aptidão para a falseabilidade (i.e., as teorias “falseáveis”, sujeitas à refutação pela observação da realidade¹⁰⁰⁹). Para POPPER, a Verdade (em termos

¹⁰⁰⁵ Popper, *A sociedade...*, t. II, p.272.

¹⁰⁰⁶ Karl R. Popper, *A sociedade aberta e seus inimigos*, trad. Milton Amado, 3ª ed., Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1998, t. I (“*O fascínio de Platão*”), pp.21-183; *A sociedade...*, t. II, pp.33-205. Cf., ainda, o verbete “Karl Popper” na *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/popper/> — acesso em 23.01.2011).

¹⁰⁰⁷ Popper, *A sociedade...*, t. II, p.288 (g.n.): “*Em verdade necessitamos de esperança; agir, viver sem esperança vai além de nossas forças. Mas não necessitamos de mais do que isso, e mais do que isso não nos deve ser dado. Não necessitamos de certeza*”.

¹⁰⁰⁸ Exemplo eloquente dessas ilusões da racionalidade — ou, dir-se-ia melhor, da *retórica racional* — aparece logo no início do capítulo 12 d’ “*A sociedade aberta...*”, na análise do “novo tribalismo” de HEGEL: “*Hegel, a fonte de todo o historicismo contemporâneo, foi um seguidor direto de Heráclito, Platão e Aristóteles. Hegel realizou as coisas mais miraculosas. Mestre de lógica, era brinquedo de criança, para seus poderosos métodos dialéticos, extrair coelhos fisicamente vivos de cartolas puramente metafísicas. Assim partindo do Timeu de Platão e do seu misticismo-numérico, Hegel conseguiu “provar”, por métodos puramente filosóficos (114 anos depois dos Principia de Newton) que os planetas podem mover-se de acordo com as leis de Kepler. Chegou mesmo a realizar a dedução da verdadeira posição dos planetas, provando em consequência que nenhum planeta podia estar situado entre Marte e Júpiter (infelizmente, não se inteirara a tempo de que tal planeta fora descoberto alguns meses antes. [...] A fama de Hegel foi elaborada por aqueles que preferem rápida iniciação nos mais profundos segredos deste mundo às laboriosas exigências técnicas de uma ciência que, afinal de contas, só os pode decepcionar por sua falta de poder para desvendar todos os mistérios*” (Popper, *A sociedade...*, pp.33-34).

¹⁰⁰⁹ O que não se poderia dizer, p. ex., de teorias sobre a origem ou a existência de Deus (ou, para POPPER, as teorias “científicas” de FREUD e ADLER, então muito em voga); logo, jamais poderiam ser teorias *realmente* científicas.

absolutos) é inalcançável; logo, a bondade de uma teoria científica não reside no que tem de “verdadeiro”, mas no seu mais alto nível de “verossimilhança”¹⁰¹⁰ em relação às demais teorias de mesmo objeto. Revelou, ainda nos anos quarenta, as raízes da incerteza secular que adiante seria identificada com a volatilidade epistemológica pós-moderna (como, p.ex., na “modernidade líquida” baumaniana — *infra*, tópico 11.2).

POPPER também antecipou a própria “*praxis*” pós-moderna, ao reconhecer os limites da ciência (antecipando, de certo modo, o a convivência e o cultivo pós-moderno das aporias) e ao propor métodos de abordagem *individualizadores*, repudiando as generalizações indutivamente construídas. Ante a premissa de que a mudança social não é inexorável e nem integra a natureza das coisas (ao contrário das pregações do determinismo marxista), indagou sobre que bases ela seria desejável e como se poderia obtê-la. E concluiu: **(a)** é desejável na medida da consciência, da necessidade e da utilidade dos povos; **(b)** deve ser obtida com cuidado, gradual e cirurgicamente, renunciando-se desde sempre a planos globais de destruição ou “desconstrução” do que não é perfeito. Advogou, para tanto, a sua *tecnologia* — ou *engenharia* — *de ação gradual* (“*piecemeal technology*”), estruturável por um processo de análise crítica, com controle de resultados, que evite todas as afetações de certeza¹⁰¹¹. Nas palavras de POPPER, tal engenharia haveria de assemelhar-se à engenharia física, considerando os *fins* como algo localizado além da província da tecnologia (diversamente das abordagens historicistas, que reconhecem “fins” inerentes à história humana e dependentes da ação das forças ali desvencilhadas)¹⁰¹². A passagem revela como pode haver uma ciência própria para a Política, i.e., um tipo de racionalidade (não a liberal-abstrata, mas a crítico-concreta) que permita controlar e dirigir os efeitos de um ato de poder de acordo com “fins” que não estão *dentro* do sistema (como, e.g., o sistema legal-positivo), mas fora dele (como, e.g., valores e princípios implícitos).

Cumprir registrar que POPPER era um liberal. Decerto não era “pós-moderno” na acepção atual, embora tenha contribuído sobremaneira para a demonstração do que viriam a

¹⁰¹⁰ POPPER utiliza, como sinônimas, as expressões “*verisimilitude*” e “*truthlikeness*” (essa última intraduzível para o português).

¹⁰¹¹ Raphael, *Popper*, pp.43-46.

¹⁰¹² Karl R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London, Hutchinson and Co., 1959, pp.64 e ss.

ser pilares fundantes do pós-modernismo (*supra*). Mas, se liberal, partidário de qual liberalismo? POPPER não se engajou na defesa moral das ideologias do liberalismo clássico¹⁰¹³, nem se furtou a criticar duramente as racionalidades totalitárias (algumas presentes nas revoluções burguesas — *supra*, tópico 10.2). Mas tampouco abriu mão da racionalidade¹⁰¹⁴. Sua “sociedade aberta” pode ser definida como “*uma associação de indivíduos livres que se respeitam reciprocamente em direitos, inseridos em uma estrutura de proteção comum provida pelo Estado, e que conquistam, por meio da tomada de decisões **racionais** e responsáveis, a capacidade de desenvolvimento de uma vida humana e ilustrada*”¹⁰¹⁵. Trata-se, pois, de uma nova (ou renovada) racionalidade, libertada dos ideais iluministas e do “otimismo moderno” do século anterior (GALILEU, DESCARTES, NEWTON, HOBBS)¹⁰¹⁶. Sobre isso, disse Sir POPPER¹⁰¹⁷:

“Meu modo de usar o termo “racionalismo” pode tornar-se um tanto mais claro, talvez, se distinguirmos entre o verdadeiro racionalismo e o falso ou pseudo-racionalismo. O que chamo ‘verdadeiro racionalismo’ é o racionalismo de Sócrates. É a consciência das próprias limitações, a modéstia intelectual dos que sabem quantas vezes erram e quanto dependem dos outros, até para esse conhecimento. É a verificação de que **não devemos esperar demasiado da razão**, de que a argumentação raras vezes resolve uma questão, embora seja o único modo de aprender — não a ver claramente, mas a ver mais claramente do que antes. [...] O que chamarei ‘pseudo-racionalismo’ é o intuicionismo intelectual de Platão. É a crença imodesta nos dotes intelectuais superiores de alguém e a reivindicação de ser um iniciado, de saber com certeza e com autoridade. [...] Este intelectualismo autoritário, esta crença na posse de um instrumento infalível de descoberta, esta falha em distinguir entre as capacidades intelectuais de um homem e o que ele deve aos demais por tudo quanto pode saber ou compreender, este pseudo-racionalismo é muitas vezes chamado ‘racionalismo’, mas é diametralmente oposto àquilo a que damos tal nome”.

¹⁰¹³ *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (loc. cit.).

¹⁰¹⁴ “Nessa disputa, estou inteiramente ao lado do racionalismo. E tanto é assim que, mesmo onde sinto que o racionalismo foi longe demais, ainda simpatizo com ele, sustentando, como faço, que um excesso nessa direção [...] é verdadeiramente inofensivo se comparado a um excesso na outra” (Popper, *A sociedade...*, t. II, p.237).

¹⁰¹⁵ Cf. Ronald Bartlett Levinson, *In defense of Plato*, Cambridge, Harvard University Press, 1957, p.17 (g.n.).

¹⁰¹⁶ Douglas E. Williams, *Truth, Hope and Power: the thought of Karl Popper*, Toronto, University of Toronto Press, 1989, pp.27-28.

¹⁰¹⁷ Popper, *A sociedade...*, pp.234-237 (g.n.).

Há, portanto, **progressos morais e conceituais** no liberalismo *ex* POPPER (e, portanto, na sua “modernidade”). Progressos bem demonstrados e justificados¹⁰¹⁸, que o pensamento pós-moderno saberia depois explorar — inclusive nos lindes do Direito (*infra*, tópico 11.2).

III. No plano sociológico, TOURAINE — reputado o pai da expressão “*sociedade pós-industrial*”¹⁰¹⁹ — tem afirmado que a ideia de modernidade (clássica) pouco contribuiu para a construção de um paradigma efetivamente “social” da vida em sociedade. Pensar em modernidade ainda remete à excisão política dos tronos e altares, deixando a sociedade civil administrar-se a si mesma¹⁰²⁰; nada diz, pois, com a ideia de fortalecimento dos vínculos sociais ou mesmo com a pulsão jurídico-socializante do século XX¹⁰²¹ (em especial após a Primeira Guerra Mundial e o advento do constitucionalismo social — *supra*, tópico 10.3). Ali, a propósito, a “pura” modernidade já conheceu uma inflexão.

¹⁰¹⁸ Williams, *Truth...*, pp.136-165. P.ex., “Popper’s institutionalism is a most notable contribution to such a discourse and to addressing the problems it encounters in contemplating the future well-being of liberal democracies” (p.159); ainda: “Liberalism’s long-standing connection with the Faustian vision — a life of self-mastery, self-expression, active pursuit of knowledge, and unhesitating acceptance of moral responsibility — has seldom found a more spirited, intellectually gifted, or eloquent advocate. But Popper’s attempt to thus define and further ‘rationalize’ the relation between the demands of truth, the realities of politics and power in our time, and the traditional foundations of liberal optimism and hope concerning the rational progress of mankind is certainly not without its problems” (p.160 — concentrando-se, em seguida, no “problema” do legado de KANT em POPPER). O grande foco de POPPER não foi a “*summa laudatio*” do liberalismo moderno (como tanto se fazia e ainda se faz), mas a sua crítica metódica e racional, sem lhe desmerecer o papel colunar no nascimento das atuais democracias.

¹⁰¹⁹ Alain Touraine, *La société post-industrielle: Naissance d’une société*, Paris, Denoël, 1969, *passim*. Para TOURAINE, a centralidade da indústria, própria do capitalismo industrial dos séculos XVIII e XIX, perde-se no século XX; o *conhecimento* e a *informação* passam a rivalizar com o capital e o trabalho como elementos-chave para a produção. Os reflexos sociais desse processo vão convergir justamente para a diversidade e a pluricentralidade pós-moderna (*supra*, n. I): os conflitos entre capital e trabalho não desaparecem, mas perdem proeminência, abrindo espaço para outros conflitos, de cariz mais cultural que econômico, bem representados pelos movimentos feministas, estudantis, étnicos e de minorias (homossexuais, deficientes, etc.).

¹⁰²⁰ Alain Touraine, *Un nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy*, trad. Agustín López Tobajas, Buenos Aires, Paidós, 2006, p.64.

¹⁰²¹ Ao contrário: nas sociedades da “primeira modernidade” (*infra*), a rígida dicotomização dos estratos sociais (*Estado v. indivíduo*) levou mesmo ao *banimento* das organizações sociais intermediárias, como as corporações de ofício e os sindicatos (na França, p.ex., a Lei *Le Chapelier*, escrita e defendida por ISSAC RENÉ GUY LE CHAPELIER e revogada somente em 1887, proibindo terminantemente as greves, as organizações sindicais — como todos os outros “*corps intermédiaires*” — e as manifestações de trabalhadores, e assim precipitando a fúria dos “*sans-culottes*”). Cf., por todos, Lucien Jaume, “*Le citoyen sans les corps intermédiaires: discours de Le Chapelier*”, in *Cahiers du CEVIPOF*, Paris, Centre d’étude de la vie politique française, abril 2005, n. 39, pp.30-40.

Então, em que medida o reconhecimento do “*fin do social*” (“*le fin du social*”) — dado, *e.g.*, pelo vazio social derivado da ruptura dos vínculos sociais comunitários (crise dos grupos de proximidade, como a família, a escola e o trabalho), pelas crescentes populações de “pessoas invisíveis” (sustentadas pelo Estado) e pela banalização e perda de sentido dos grandes movimentos sociais¹⁰²² — interfere com o modelo de modernidade instaurado nos oitocentos?

Para muitos estudiosos, desvela-se aí, justamente, a ruína da modernidade e a entrada para a pós-modernidade (o que significa, para TOURAINE, advogar o desaparecimento de todo o princípio histórico central de definição do conjunto social). No entanto, essa é uma

“postura intelectual que tem consequências tão gerais e tão radicais que confere aos que a adotam a consciência das possibilidades quase infinitas de conceitualização que se concedem e, ao mesmo tempo, os graves perigos de desorganização teórica e prática aos quais se expõem. Sempre me mantive alheio a essa atitude intelectual, por importante e fecunda que seja¹⁰²³.”

Bem se vê, portanto, que TOURAINE não se rendeu inteiramente ao discurso pós-moderno, conquanto guarde com ele afinidades (precisamente por ser um laborioso investigador da sociedade pós-industrial, mormente pelo prisma de sua “sociologia da ação”¹⁰²⁴) e lhe reconheça fecundidade. Mas o que nos diz, então, sobre a modernidade (e especialmente sobre a modernidade tardia — ou “líquida” — em que vivemos)?

A modernidade, para TOURAINE, não se exprime por valores sociais, mas por princípios ou valores que, por si mesmos, *não são sociais*. Tais valores são: (1) a *crença na*

¹⁰²² “Hoy, leo en la estación del metro en la que bajo, que ‘habiéndose producido un movimiento social en una cierta categoría de personal, varias estaciones de metro estarán cerradas hasta nuevo aviso’. ¿Cómo no sentirse perturbado por la pérdida de contenido de esta gran idea, utilizada en adelante para designar cualquier interrupción del trabajo, cuando la idea de movimiento social estaba reservada a los conflictos entre actores sociales organizados y donde lo que estaba en juego era la movilización social de los principales recursos culturales de una sociedad?” (Touraine, *Un nuevo paradigma...*, p.93).

¹⁰²³ Touraine, *Un nuevo paradigma...*, p.95.

¹⁰²⁴ Abordagem com a qual TOURAINE pretendeu, entre outras coisas, escoimar a Sociologia do *fetichismo* (em relação à sociedade) que a Filosofia construiu em torno do indivíduo. Reconhece-se a historicidade das relações sociais e a capacidade da ação social par direcionar o desenvolvimento do conjunto da sociedade. V. Alain Touraine, *Sociologie de l’action*, Paris, Éditions du Seuil, 1965, *passim*; também *La société...*, *passim*.

razão e na ação racional (mas uma razão de cariz liberal, que á a *razão formal*: não está baseada na defesa de interesses coletivos ou individuais — logo, não é uma razão de conteúdo —, mas em si mesma e em um conceito de “verdade” extrassocial, que não se apreende em termos econômicos ou políticos¹⁰²⁵); e (2) o *reconhecimento dos direitos do indivíduo* (a que se relaciona, indissolúvelmente, a *laicidade* do Estado¹⁰²⁶; cf., *supra*, tópicos 10.1.3 e 10.2). A *ideia ocidental de sociedade* está profundamente ligada a esse paradigma de modernidade. Aliás, pelo quanto dito, pode-se bem afirmar que o modelo ocidental de sociedade se define, a partir dos oitocentos, pelo *tipo de direito* que engendra: um direito racional-formal, em que se declaram — e nisso se bastam — os direitos individuais (para cuja garantia o Estado não precisa fazer mais do que se omitir: de novo os “*Freiheitrechte*”¹⁰²⁷).

E o que o advento da sociedade pós-industrial (e, com ela, da pós-modernidade ou modernidade “líquida”) aduziu a esse quadro bem posto?

TOURAINE sustenta que a economia globalizada¹⁰²⁸ e o individualismo neoliberal feroz das últimas décadas foi o que precipitou a virtual destruição da visão *social* da vida em sociedade (“*le fin du social*”, *supra*) — que havia se ensaiado, no ocaso da modernidade, com a doutrina do “*Welfare State*” — e o consequente o mergulho dos povos em um *novo paradigma existencial*¹⁰²⁹, próprio da sociedade pós-industrial: um paradigma

¹⁰²⁵ *Un nuevo paradigma...*, p.97.

¹⁰²⁶ *Idem*, p.98: “[...] si las religiones proclaman creencias y una revelación de alcance universal, no definen de ningún modo los derechos del individuo como tales, sino, al contrario, la sumisión legal de todos los individuos a una voluntad divina o a una sabiduría revelada. Cuando un poder espiritual dirige el poder temporal o se mezcla con él, se crea una comunidad definida por la pertenencia de sus miembros al cuerpo de creencias y de prácticas de una religión y que el poder temporal debe hacer respetar”. Em Estados teocráticos, não pode haver garantias do indivíduo sobre o divino.

¹⁰²⁷ Como explica TOURAINE (*Un nuevo paradigma...*, p.99), nas sociedades ocidentais da “primeira modernidade” (século XVIII), com a formação do Estado moderno (de tipo *burocrático*), “*la libertad del ciudadano fue entonces definida más por deberes [do Estado] que por derechos*”.

¹⁰²⁸ Entendida como a mundialização da produção e dos intercâmbios, consubstanciando uma forma extrema de capitalismo, com a “**separación completa de la economía y las demás instituciones, en particular sociales y políticas, que ya no la pueden controlar**” (*idem*, p.257). Eis o que fragmenta a sociedade, recrudescendo o individualismo e promove o “*fin du social*”.

¹⁰²⁹ Sobre ruptura de paradigmas (no âmbito das ciências), v., *infra*, o tópico 11.2 (notadamente com THOMAS KUHN).

essencialmente **cultural**, em que somos os protagonistas dos nossos próprios valores¹⁰³⁰ — o indivíduo se transforma em *sujeito*¹⁰³¹ para si próprio — e vemos a paulatina decomposição dos paradigmas anteriores, voltados para a conquista do mundo e balizados no universo masculino (que agora perde proeminência, sobretudo a partir do “pós-feminismo”¹⁰³²).

Dito de outro modo, ingressamos em um *paradigma sociológico de tipo cultural*, afinado com as características da sociedade pós-industrial, a substituir o *paradigma de tipo social* parido pelas revoluções industriais (com as categorias socioeconômicas de “classes”, “benefício”, inversão”, “negociações coletivas”, etc.), que por sua vez já havia substituído o *paradigma político* (das categorias de “ordem”, “soberania”, “autoridade”, “nação”, “revolução”), vicejante na alvorada da modernidade. Durante o período dominado pelo paradigma social (final do século XIX a meados do século XX) — quando já se manifestava uma modernidade diversa, mais madura e transigente, inconfundível em todos os termos com a dita “primeira modernidade” (século XVIII) —, a luta pelos *direitos sociais* (de segunda geração ou dimensão) ocupou o primeiro plano da cena sociológica e esteve no centro da vida social e política das principais nações do planeta. Agora, sobre as ruínas do paradigma anterior, a instalação de um paradigma de tipo cultural põe em primeiro plano a reivindicação do que TOURAINE designa como “*direitos culturais*”, expressando-se, p.ex., na defesa universal de interesses derivados de *atributos não universais* (como a proteção jurídica da mulher, do idoso, da criança e do adolescente, ou ainda os direitos civis de minorias¹⁰³³).

¹⁰³⁰ “*Hemos sido transformados hasta tal punto en todos los aspectos de nuestra existencia, tanto de manera positiva como negativa, que nos hemos vuelto hacia nosotros mismos, hacia nuestra capacidad de actuar, de inventar, de reaccionar, de forma que hemos dejado de definirnos como los amos de la naturaleza para considerarnos responsables de nosotros mismos, sujetos. [...] Nuestra moral no es ya de adaptación a las leyes del universo o de adhesión a la palabra de un dios, ni siquiera entre quienes tienen esas creencias. No está ya basada en el orgullo de la creación y en la generosidad que puede llevar en él; es la búsqueda inquieta del sujeto, del ser para sí, como único principio de evaluación autofundamentada, mientras que todas las morales sociales, y en particular nacionales o republicanas, han mostrado desde hace mucho tiempo su impotencia o su nocividad*” (Touraine, *Un nuevo paradigma...*, p.119 [g.n.]; e, adiante, v. pp.123-126). Converte-se, aqui, para LYOTARD (*supra*, nota n. 1000) e mesmo para POPPER (item anterior).

¹⁰³¹ Touraine, *Un nuevo paradigma...*, p.259 (item n. 12).

¹⁰³² Touraine, *Un nuevo paradigma...*, pp.254-256 (“*Ya hemos entrado en una sociedad de mujeres. Por eso las investigaciones sobre las mujeres son la mejor vía de entrada a la sociología general*”).

¹⁰³³ V. Touraine, *Un nuevo paradigma...*, p.258 e, antes, pp.184-185: “*Es en el campo cultural donde se forman los principales conflictos y las reivindicaciones cuyos propósitos son más significativos. Esta*

Nesse encalço, fiel à sociologia da ação, TOURAINE propõe um *novo dinamismo* para a sociedade pós-industrial, apto a *recompor* aquilo que o modelo ocidental moderno de sociedade separou. A saída para a modernidade tardia — diremos mesmo pós-modernidade — é a **superação das polarizações das “primeiras” modernidades**¹⁰³⁴ (i.e., a do paradigma político e a do paradigma social). E a progressiva atomização dos interesses, inerente à liquidez destes tempos, parece sinalizar tal caminho. Há futuro. Mas, na esteira de TOURAINE, ele não parece residir nem no Estado liberal, nem tampouco no Estado social. Talvez resida na sua superação dialética, em sentido estritamente hegeliano¹⁰³⁵.

categoría, la cultura, parece en principio bastante heterogénea: la dependencia cultural afecta en primer lugar a los países más dependientes, pero también a las minorías étnicas, religiosas o sexuales. [...] Por último y tal vez especialmente, es más visible en las reivindicaciones de las mujeres, que quieren hacer reconocer su doble exigencia de igualdad y diferencia en tanto que portadoras de cambios más profundos que aquellos a los que nos ha acostumbrado la sociedad industrial”. BOBBIO também identifica esse mesmo fenômeno como sinal dos tempos para o Direito (*A era dos direitos*, pp.31 e ss.). Na perspectiva da ONU, porém, os chamados *direitos culturais* são contemporâneos aos direitos sociais e econômicos (v. o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19.12.1966); logo, não faria sentido, naquela mirada, distinguir entre uns e outros para tributá-los a tais ou quais paradigmas sociológicos. Melhor será dizer que esses *direitos difusos* — ao invés de “culturais” (porque, afinal, podem pretender e pretendem, além dos culturais, interesses econômicos ou políticos) — são tributários da *fragmentação* e da *pluricentralidade* da pós-modernidade (*supra*), não se confundindo — em conceito, filiação paradigmática ou conteúdo — com os *direitos culturais propriamente ditos* (também difusos, mas ligados a interesses *estritamente* culturais/educacionais), em maioria previstos no PIDESC: direito à educação (artigo 13), à vida cultural (artigo 15, “a”), ao desfrute do progresso científico (artigo 15, “b”), etc. A categoria dos *direitos difusos* identifica-se essencialmente pela *titularidade* comum (de pessoas indeterminadas e indetermináveis), podendo se referir a quaisquer objetos; já a categoria dos *direitos culturais* identifica-se essencialmente pelo seu *objeto* (educação, vida cultural, progresso científico, etc.), ainda que a respectiva titularidade geralmente seja difusa.

¹⁰³⁴ *Un nuevo paradigma...*, pp.259-260.

¹⁰³⁵ Em certos contextos, e.g., tem-se falado em “*Estado constitucional cooperativo*” — o que, no Brasil, já tem eco até mesmo na Suprema Corte (v. STF, HC n. 87.585-8/TO, rel. Min. GILMAR MENDES — sobre a vedação “supralegal”, mas não constitucional, de prisão civil do depositário infiel na ordem jurídica brasileira). Cf. ainda Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale, “*A influência do pensamento de Peter Häberle no STF*”, in *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Conjur, 10.04.2009, pp.01-19 (<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal> — acesso em 22.07.2009). Em sentido diverso, acedendo parcialmente às teses de ALEXANDER KOJÈVE quanto ao “fim da História” com o advento das atuais democracias liberal-capitalistas (e aparentemente não atribuindo maior relevância às possíveis mutações do Estado no marco do próprio capitalismo), v. Francis Fukuyama, *O Fim da História e o Último Homem*, trad. Maria Goes, 2ª ed., Lisboa, Gradiva, 1999, *passim* (especialmente pp.279-325). À diferença de KOJÈVE, porém, FUKUYAMA deixa uma porta aberta, asserando figurativamente que, “*caso a maioria das carruagens chegue eventualmente ao destino, também não sabemos se os seus ocupantes, ao olharem em redor, não julgarão inadequadas as novas circunstâncias e resolverão dar início a uma nova e mais distante viagem*” (p.325) — no que anda bem, repelindo a predição de JEAN ZIEGLER (“*Das tägliche Massaker des Hungers*”, in *Widerspruch*, Zürich, Widerspruch, 2. Halbjahr 1995, n. 47, pp.19-24) sobre o “terceiro totalitarismo” (após o nazismo e o stalinismo): “T.I.N.A.” (iniciais da conhecida frase de MARGARET THATCHER sobre o capitalismo neoliberal: “*There is no alternative*”). De resto, associando o conceito mesmo de “Estado constitucional cooperativo” aos próprios ventos da pós-modernidade no âmbito do direito público, cf., de nossa lavra, “*A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente incapaz: um outro olhar*”, in *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ANAMATRA/LTr, abril/2010, n. 33, pp.36-55.

IV. Com HABERMAS, por fim, afinou-se a percepção de que o *direito racional* clássico, de feitiço moderno-liberal-formal, foi *substituído* pela ideia do Estado de Direito, ainda no século XIX, impondo uma primeira inflexão à racionalidade moderna. Mas isso também está relacionado, como veremos, ao desgaste do paradigma da modernidade (no campo do Direito) e à própria disfuncionalidade do direito moderno (neste caso, o da “primeira modernidade”, parafraseando TOURAINE). A modernidade do Direito resistiria, mas já em outro estágio evolutivo.

O “direito racional” é descrito por HABERMAS como a instituição que veio a desempenhar a função de legitimação do direito positivo — preservando-lhe um “*momento de indisponibilidade*” — após a profanação do direito sagrado e o esvaziamento do direito consuetudinário. É, pois, o *primeiro momento* do chamado direito moderno. Articulou-se, naqueles tempos, um nível pós-tradicional de consciência moral, que identificou os princípios retores do direito moderno (muitos deles depois constitucionalizados) e o transpôs para o nível da racionalidade procedimental (onde o Estado moderno funcionaria como mero meio de organização), reagindo à decomposição do direito natural, fundado na religião ou na metafísica, e ao próprio descrédito das instâncias políticas. Uma vez que a figura elementar do direito privado burguês era o *contrato*, reconheceu-se nessa figura, em nível macrossocial, o *fundamento racional* definitivo para o exercício do poder legal e a validade do direito positivo: todo indivíduo autônomo celebra, com todos os demais indivíduos autônomos, um “contrato natural” que lhes garante possibilidade de convívio (paz social) e segurança jurídica (proteção institucional dos interesses individuais). Surgem teorias contratualistas dos mais variados matizes. Em KANT, a “racionalidade” do direito moderno chegou ao nível da iluminação pessoal, ante a declarada possibilidade de o indivíduo deduzir “*a priori*”, da *razão prática*, quais as regras jurídicas fundamentais para a vida em sociedade; a partir deste ponto, “*falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral*”. Engendrou-se, pois, um novo “direito natural”, fundamentado autonomamente por uma racionalidade moral (i.e., pela razão prática) que passa a ocupar, nos Estados laicos da modernidade (v., *supra*, a nota n. 1026), o vazio deixado pelo direito natural de fundo metafísico-religioso¹⁰³⁶.

¹⁰³⁶ Habermas, *Direito e Democracia...*, v. II, pp.237-239.

Mas a dinâmica de uma sociedade integrada por meio de mercados — no caminho da globalização — já não se amoldava aos conceitos clássicos do direito moderno, desenvolvidos aprioristicamente para um outro contexto socioeconômico e cultural. As teorias contratuais dos séculos XVII e XVIII (como, respectivamente, a de HOBBS e a de ROUSSEAU), altamente abstratas, não conseguiram justificar o individualismo excessivo dos novos tempos e subestimaram a pressão de adaptação oriunda do crescimento capitalista e da modernização das sociedades¹⁰³⁷. Na Alemanha — e o mesmo processo se verificou na maioria dos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica (mas não naqueles de raiz anglo-saxônica, precisamente pelo modelo unitário de interpretação derivado da “*due process clause*”¹⁰³⁸) —, separou-se o “justo” (i.e., o dado de moral) do “legal” (i.e., o dado de poder formal): o positivismo jurídico passou a erodir os fundamentos legais da primeira modernidade, a partir do final do século XIX, “desmoralizando” o conceito de lei desenvolvido pelo direito racional e institucionalizando a figura do juiz/jurista *dogmático* e do legislador “*cada vez mais parlamentarizado*”. Desmentiu-se, assim, a máxima kantiana de que a Política e o Direito estariam eternamente submetidos aos imperativos morais do direito racional.

Nesse novo quadro, o eixo de legitimação das leis e das próprias decisões judiciais deslocou-se para o próprio *Estado de Direito* — o Estado dos “*checks and balances*” (v. tópico 10.1.1, *supra*) —, sob cujo manto os poderes públicos estão separados (Executivo, Legislativo, Judiciário¹⁰³⁹) e onde se estabelecem processos formais institucionalizados de produção da legislação e da jurisdição (visando a assegurar uma formação *imparcial* da opinião e da vontade geral). As normas jurídicas positivas, emitidas conforme o processo

¹⁰³⁷ *Direito e democracia...*, v. II, pp.240-241.

¹⁰³⁸ Pelas exatas palavras de HABERMAS: “*nos países anglo-saxões, onde a idéia do Estado de direito foi desenvolvida, desde o início, em consonância com desdobramentos democráticos, ou seja, como ‘regra do direito’ (rule of law), o processo judicial equitativo ou due process apresentou-se como modelo unitário de interpretação, aplicado simultaneamente à legislação [i.e., “substantive due process”] e à jurisdição [i.e., “procedural due process”]*” (*Direito e democracia...*, v. II, pp.242-243).

¹⁰³⁹ “A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade” (Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p.301). Fiel a essa concepção, HABERMAS chega a sugerir, na mesma passagem, que o *controle abstrato de constitucionalidade* das leis, tradicionalmente conferido ao Poder Judiciário, poderia ser *revisto*, já que tal controle abstrato seria função indiscutível do próprio Poder Legislativo. Aqui, apesar de toda a sua bem construída crítica, o filósofo alemão revela o quão liberal pode ser.

legislativo, pretendem legitimidade; assim como a pretendem as decisões judiciais, emitidas conforme o devido processo procedimental. De fato,

“Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes”¹⁰⁴⁰.

Para HABERMAS, porém, a legitimidade não se cinge à fé na (nova) racionalidade procedimental; e, por isso mesmo, o modelo habermasiano não se confunde com o modelo weberiano de *dominação legal*, em que a legitimidade simplesmente *se confunde* com a legalidade. A expressão da legitimidade do Direito é *material* (não é meramente formal), haurindo-se da ideia mesma de *autodeterminação* que provém da aceitabilidade consensual e dialógica derivada do sistema político representativo, do conceito de soberania popular e da própria tutela público-estatal dos direitos subjetivos¹⁰⁴¹. Daí o seu **princípio do discurso**: “*são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas*”¹⁰⁴².

O nexó interno fundamental entre Estado de Direito e Democracia está, pois, no delicado equilíbrio entre a *autonomia pública* e a *autonomia privada*: os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública se forem suficientemente livres e independentes, gozando de autonomia privada suficiente e uniformemente garantida; de outra parte, não poderão usufruir uniforme e suficientemente de sua autonomia privada (e dos respectivos direitos subjetivos) se não fizerem emprego adequado de sua autonomia política. Eis a *racionalidade comunicativa* (ou *intersubjetiva*) proposta por HABERMAS, que devolve “moralidade” à coerção jurídica (pela lei ou pela sentença), mas por meio de

¹⁰⁴⁰ *Direito e democracia...*, v. II, p.246.

¹⁰⁴¹ “A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina **serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos**. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica” (Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, p.139 [g.n.]).

¹⁰⁴² *Direito e democracia...*, v. II, p.321.

uma *razão prático-moral procedimental*¹⁰⁴³ que se situa entre os processos jurídico-formais (condicionantes da “*facticidade*” da norma) e os argumentos morais (condicionantes da “*legitimidade*” da norma e conectados, em última análise, ao valor “justiça”¹⁰⁴⁴) o nexó interno fundamental entre Estado de Direito e Democracia¹⁰⁴⁵.

Não se deu, neste ponto, a superação da modernidade: o paradigma ainda era (é) o do direito moderno (da *positividade*, da *legalidade* e do *formalismo*). Entretanto, a racionalidade moderna encontra profundas mutações, que já não permitem reconhecê-la como a racionalidade da “primeira modernidade”.

De outra parte, também aquela passagem sociológico-paradigmática esclarecida por TOURAINE — do *paradigma de tipo político* para o *paradigma de tipo social* — irradiou fortes repercussões no Direito (e no próprio Estado de Direito), dissolvendo, no plano jurídico, o *paradigma* (estritamente) *liberal* do Direito¹⁰⁴⁶. Ao oportunizar a concepção de um Estado que não se limita apenas a garantir proteção jurídica individual abrangente, mas também assegura bem-estar social e segurança aos cidadãos, inclusive com vultosos aportes econômicos, o novo paradigma sociológico rompeu com a noção de separação estanque entre a ação política, inerente ao Estado, e a sociedade econômica, livre do Estado. O Estado social reintroduziu princípios e objetivos políticos no âmago do Direito, “remoralizando-o” com o que o Estado liberal havia debelado e afrouxando a ligação linear entre a Justiça e a vontade do legislador político. Nesse novo contexto,

“As normas de princípio, que ora perpassam a ordem jurídica, exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma

¹⁰⁴³ *Direito e democracia...*, v. II, p.247. Noutra obra, dirá *razão comunicacional*, que representaria o *paradigma da intercompreensão*, em substituição ao *paradigma da razão centrada no sujeito*, própria do direito político moderno em esgotamento (cf. *O discurso filosófico da modernidade*, trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento, Lisboa, Martins Fontes, 2002, *passim*; também *Theorie...*, *passim*).

¹⁰⁴⁴ Ou — para escapar das intermináveis discussões filosóficas — à ideia de “moral” derivada do sucinto enunciado do *princípio moral* habermasiano: “as normas devem ser do interesse simétrico de todas as pessoas” (*Direito e Democracia...*, v. II, p.322).

¹⁰⁴⁵ Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, pp.116-138; v. II, pp.311-323. V., ainda, Juliana Martins Barbacena, “J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica”, in *Revista Urutágua*, Maringá, Universidade Estadual de Maringá, dez./2006-mar./2007, n. 11, *passim*.

¹⁰⁴⁶ Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, pp.304-307.

aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema do direito, ela significa um **crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito**, às custas da autonomia dos cidadãos. Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro”¹⁰⁴⁷.

HABERMAS tampouco é um autor “pós-moderno”; antes, é marcadamente *moderno*. Sequer tem simpatia por aquele rótulo (ao contrário de TOURAINE, p.ex.). Ao contrário, tem distinguido três atitudes a respeito da modernidade, todas supostamente viciadas por um talante conservador: o *antimodernismo* (dos “jovens conservadores”, como DERRIDA e FOUCAULT), a *pré-modernidade* (dos “velhos conservadores”, como L. STRAUSS e SPAEMANN) e o que chama de *pós-modernidade* (dos “neoconservadores”, como WITTGENSTEIN e C. SCHMITT)¹⁰⁴⁸. De se ver, porém, que os seus “pós-modernos” jamais assumiram abertamente essa postura, nem pertenceram à intelectualidade dos anos setenta (de LYOTARD, JENCKS, BAUMAN e outros). Viveram as transições da modernidade (de sua racionalidade e de seu paradigma liberal), mas não a pós-modernidade de “*fin-de-siècle*”. Não representam, portanto, o que assumimos por pós-modernidade neste tópico.

Mas, tal como POPPER e TOURAINE, HABERMAS também é um crítico feroz da universalidade da razão (como de todo tipo de explicação “monológica”) e da própria ideia de “unidade” do sujeito (afirmado, mas fragmentado), que deve ceder em nome dos particularismos e da pluralidade de formas de vida social¹⁰⁴⁹. Sua *justificação dialógica*

¹⁰⁴⁷ Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, p.306.

¹⁰⁴⁸ Jürgen Habermas, “*Modernidad versus postmodernidad*”, in *Modernidad y postmodernidad*, José Ramón Picó i López (comp.), Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp.87-102.

¹⁰⁴⁹ Cf. SIMONE GOYARD-FABRE: “*Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*”, trad. Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.482. Aliás, a autora parece mesmo reconhecer um viés *pós-moderno* no pensamento de HABERMAS — mais especificamente na sua justificação política pela via da “ação comunicativa” —, quando reflete sobre os “*riscos de uma pós-modernidade consensual*” (pp.480-490): “*Não apenas, de fato, o pós-modernismo incorre [...] no risco de se perder num pluralismo sem limites, como o aprimoramento do estatuto da razão dialógica e da palavra dialogal exigira que fosse reestudado o*

para o poder jurídico pode trazer luzes a muitos aspectos do fenômeno jurídico pós-moderno. E os dois “abalos” que descreve — na *racionalidade moral* da modernidade clássica e no *paradigma liberal* do direito moderno (com reflexos no poder relativo do Judiciário) — sem dúvida anunciavam, desde as primícias do século passado, a **crise da pós-modernidade** que seria declamada com estrépito a partir dos anos setenta. Foram provavelmente a sua antessala.

V. Apresentados, pois, ao discurso da pós-modernidade (com LYOTARD), e uma vez conhecidas, nos planos científico, sociológico e jurídico-político (respectivamente), três das mais importantes interpretações da realidade que — *fora* dos quadros do discurso pós-moderno — *explicam* e *justificam* as mutações de estrutura e de sentido que estão na base das características da pós-modernidade, é preciso progredir e investigar o próprio “direito pós-moderno” (ou as pistas que disso já temos). Avante.

11.2. A RUPTURA PARADIGMÁTICA: EVIDÊNCIAS

I. Não se pode asseverar que a pós-modernidade seja um rompimento absoluto com a modernidade liberal. Por isso mesmo, autores como BAUMAN¹⁰⁵⁰ e LIPOVETSKY¹⁰⁵¹ preferem termos menos peremptórios, como “modernidade líquida” ou “hipermodernidade”, respectivamente. O pensar pós-moderno traduz uma revisão crítica de alguns dos principais elementos daquela modernidade clássica; mas, endógeno, prolonga-a,

problema fundamental da socialidade — do que Habermas teve consciência ao louvar, ó paradoxo, os méritos do modelo da Cidade grega... Quer dizer que a pós-modernidade do direito político só revelaria seu sentido no espelho da pré-modernidade?”

¹⁰⁵⁰ Cf. Zygmunt Bauman, *Intimations of Postmodernity*, London, New York, Routledge, 1992, *passim*; *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, trad. Luís Carlos Fridman, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997, *passim*; e, mais recentemente, *Modernidade Líquida*, trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000, *passim*. Apesar do recuo no final da década de noventa, BAUMAN foi certamente um dos grandes popularizadores da expressão “*pós-modernidade*”. Para BAUMAN, são elementos indissociáveis da “modernidade líquida” os seguintes: (a) a fragilidade dos vínculos humanos; (b) a decrepitude (= entropia), os estados transitórios e voláteis das ideias e das convicções; (c) a desterritorialização (das empresas capitalistas e até das instituições políticas); (d) o vício por segurança e o medo do medo; (e) o mundo globalizado e policêntrico.

¹⁰⁵¹ Cf. Gilles Lipovetsky, *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*, trad. T. M. Deutsch, Barueri, Manole, 2005, *passim*; Gilles Lipovetsky, Sébastien Charles, *Les Temps hypermodernes*, Paris, LGF, 2006, *passim*.

por se encontrar imerso nela¹⁰⁵². Por isso, a pós-modernidade não se aparta da modernidade com a mesma violência com que essa se apartou dos modelos tradicionais que a precederam; ao revés, é mesmo uma sua manifestação tardia — a ponto de haver quem a considere uma tendência político-cultural de índole neoconservadora (como HABERMAS, *supra*) —, mas que já prenuncia a sua parcial *descharacterização*, ante o afluxo e a consolidação de notas próprias, sobretudo na dimensão ética.

Daí ser justamente aí — na dimensão *ético-jurídica* — onde mais apropriadamente se pode falar, ao menos em perspectiva, numa genuína **ruptura paradigmática**. Se no campo socioeconômico a modernidade prossegue (embora “líquida”), assim como o liberalismo sobrevive na esfera política (com traços mais ou menos socializantes ao sabor dos tempos), a pós-modernidade parece anunciar, no cadinho do Direito, uma particular *revolução* (de sentidos, sim, mas sobretudo de *ação*, sempre no rasto da “*praxis*” arendtiana). Disso também há *notas*, quiçá mais evidentes que em outros nichos de cultura.

Tais notas são identificadas com grandes disparidades, ao gosto do autor e da vez. Examiná-las na sua diversidade, mesmo que apenas pelos escritos dos principais autores e ideólogos, tomaria espaço excessivo. Cingir-nos-emos, portanto, a *descrever* as notas comuns que usualmente se identificam, da ética pós-moderna, nos círculos do Direito; e, para tanto, seguimos com ALEJANDRO NIETO¹⁰⁵³, que as formulou — quiçá, no futuro, as notas de identidade de um *direito pós-moderno* — de modo bem simples e adequado. Vejamo-las:

(1) o respeito às diferenças: sentido de tolerância e consciência das limitações do próprio saber (= *pluralidade*¹⁰⁵⁴), permitindo o convívio e os próprios sincretismos teóricos;

¹⁰⁵² Concepción Martínez-Carrasco Pignatelli, *Postmodernidad y Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp.33 e 42. No mesmo sentido, v. LYON: “*The postmodern refers above all to the exhaustion — but not necessarily to the demise — of modernity*” (David Lyon, *Postmodernity*, Buckingham, Open University, 1999, p.09 [g.n.]).

¹⁰⁵³ Alejandro Nieto, “*Prólogo*”, in Martínez-Carrasco Pignatelli, *op.cit.*, pp.17-28. O preâmbulo, com efeito, faz sombra ao próprio livro.

¹⁰⁵⁴ “*En el ámbito jurídico la manifestación más interesante de esta postura es la aceptación hoy universal [...] de la pluralidad de soluciones correctas para un mismo conflicto. Las sentencias discordantes no*

(2) o **abandono dos grandes relatos explicativos** (o que nos devolve a POPPER e LYOTARD): repulsão aos modelos de explicação global dos fenômenos, com viés unilateral e totalitário (como foram as doutrinas jusnaturalistas e positivistas), excludente das explicações não alinhadas;

(3) a “*prudentia iuris*”: relações sociais autoritárias tendem a engendrar modelos jurídicos autoritários, senão totalitários (*supra*, n. 2), que não se ajustam à ética jurídica pós-moderna, partidária da “*phronesis*” aristotélica¹⁰⁵⁵ (i.e., da *sabedoria prática*); por isso, concede-se ao ator social que “*vá adaptando suas decisões concretas à sua ética pessoal*” — ou, dir-se-ia melhor, a sua *visão de mundo* (e, num certo sentido, a sua *ideologia*¹⁰⁵⁶) — “*e às circunstâncias diferentes de cada caso*”¹⁰⁵⁷, remontando à “*prudentia*” dos romanos, na linha do revigoreamento havido durante o período da “*cognitio extraordinaria*” (*supra*, tópicos 7.3.4 e 7.4), e à concepção do Direito como “*ars boni et aequi*”;

(4) as **aporias**: o pensamento pós-moderno aceita de antemão a existência de contradições não resolúveis, aprende a conviver com elas e chega mesmo a cultivá-las,

significan necesariamente que una sea acertada y la otra errónea: el Tribunal Superior no tiene el monopolio de la verdad y quienes redactan votos separados no están confesando públicamente su ignorancia frente a la ilustración de la opinión aritméticamente mayoritaria; de la misma manera que el abogado que pierde un pleito no es un pícaro. Para todos — o para casi todos — los conflictos tienen varias soluciones plausibles; y de entre ellas se impone una sola por necesidades funcionales de la Administración de Justicia” (op.cit., pp.20-21). Em sentido semelhante, revelando a “liquidez” pós-moderna na declaração judicial de direitos, decidiu o Bundesverfassungsgericht alemão (em acórdão de 14.02.1973): “*O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões*” (g.n.).

¹⁰⁵⁵ Do grego “*Φρόνησις*”. Cf. Aristóteles, *Ética...*, *passim*.

¹⁰⁵⁶ “*Ideologia*”, aqui, bem entendida, como conjunto crítico de ideias sobre a realidade exterior; i.e., como *representação* do(s) sistema(s), mas não como *programa de ação* para conservá-lo(s) ou transformá-lo(s), ainda que em desacordo com os seus fundamentos de validade.

¹⁰⁵⁷ Nieto, *op.cit.*, p.22. Em síntese: na pós-modernidade, a *prudência* demanda decisões que se adaptem às *circunstâncias diferenciais de cada caso* e levem em conta as *pretensões de acerto* (*supra*, tópico 5.2) inerentes à “ética pessoal” do próprio agente decisor. O que significa que ele não deve ser um mero “reprodutor” das pretensões de acerto de outras instâncias institucionais (como, p.ex., o legislador); mas, por outro lado, não lhe cabe ser o *algoz* das outras visões de mundo, exatamente porque lida com pluralidade e prudência. Nesse diapasão, “*el juez postmoderno evita los choques frontales entre la ley y la justicia y no se pronuncia por ninguna de sus opciones radicales (fiat iustitia, pereat ius o fiat ius, perat iustitia) sino que llega a un compromiso, más o menos forzado, estirando o recortando la ley hasta que se adapta a la justicia en un lecho de Procusto indoloro e incruento*” (*idem*, p.24 [g.n.]).

“*porque o mundo e a vida não estão presididos pela razão, como se acreditava no sonho moderno a partir de Descartes*”¹⁰⁵⁸;

e, mais importante,

(5) a **transcendência em relação às normas**: o pensamento pós-moderno tem indisfarçável vocação transcendental, aceitando e assimilando não apenas outros pensamentos, como também outras formas de viver e até mesmo outros modelos de sociedade (pelo que se chega a afirmar que a sua filosofia é mais *descritiva* — observar e interpretar — do que *pragmática*); trasladar essa vocação para as categorias do Direito implica reconhecer que *o Direito não se esgota nas normas*.

Já por isso, aquela objeção de “passividade” dos críticos (talvez próxima da ideia de “*contemplative life*” objetada por HANNAH ARENDT ao propor a sua “*praxis*”¹⁰⁵⁹) não tem qualquer procedência. Precisamente pela nota da *transcendência*, o pensador pós-moderno (para o nosso caso, o *jurista pós-moderno*) não se compraz com a mera normatividade estatal-positiva e nem mesmo com a imersão dogmática no plano maior do dever-ser (i.e., no sistema jurídico em que opera). **Tem de sair dos livros e ir à vida.** Interessam-lhe, portanto, também os fatos e os valores, as circunstâncias e os pressupostos, as condições e as consequências do seu entendimento ou da sua decisão. Recordemos MENEZES CORDEIRO (*supra*, tópico 5.1): a montante, o *pré-entendimento* (i.e., as pré-compreensões); a jusante, a *sinépica* (i.e., as pós-prospecções, com o seu “ponderar de consequências”). Ali já se antecipava um modo “pós-moderno” de pensar o Direito. Com efeito,

“El Derecho — según esto [o pensamento pós-moderno] — no son sólo normas y las normas no se agotan en imperativos de deber ser, antes bien tienden a trascender a las relaciones políticas, económicas y sociales. El jurista postmoderno, trascendiendo de los textos normativos, es un intelectual comprometido,

¹⁰⁵⁸ *Idem*, p.25. E prossegue: “*Después de cuatrocientos años de lucha por la razón, hay que resignarse ante el hecho inconcuso de una realidad irracional repleta de aporías, paradojas, contradicciones y anomalías, que hacen de la vida una aventura de transcurso — y de fin — imprevisibles*” (g.n.).

¹⁰⁵⁹ Cf. Hanna Arendt, *A Condição Humana*, trad. Roberto Raposo, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, pp.305 e ss.

deliberadamente ‘impuro’, puesto que no teme mancharse con el barro de la realidad. Para él las normas no trascendidas carecen de valor y no se preocupa, en consecuencia, del ‘Derecho normado’, sino del ‘**Derecho practicado**’ [outra vez a “*praxis*” arendtiana]. He aquí, pues, que la filosofía postmoderna está ofreciendo cobijo ‘científico’, dignidad intelectual, a juristas que la doctrina tradicional estaba cualificando de impuros y hasta de aventureros. **El compromiso, a fin de cuentas, es un signo del tiempo como la escrupulosidad metodológica un rasgo obsoleto impropio de las sociedades de hoy**”¹⁰⁶⁰.

II. Essas notas elementares granjeiam consequências. Na perspectiva do *direito público* (que aqui nos interessa mais de perto), as características da ética pós-moderna sob as balizas do Direito se desdobram em respostas bem particulares. Vejamo-las¹⁰⁶¹:

(a) resposta como *modo de reação à crise do direito moderno-liberal-formal*¹⁰⁶², advogando soluções práticas e reais, derivadas da “*phronesis*” (e da “*praxis*” como síntese arendtiana de teoria e experiência) e infensas a quaisquer “*procedimentos de laboratório jurídico que separam a ideia de sua aplicação*”¹⁰⁶³;

¹⁰⁶⁰ Nieto, *op.cit.*, p.21.

¹⁰⁶¹ Baseamo-nos, “*ab initio*”, naquelas cinco categorias fundamentais de “relações” que MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI identificou entre o pensar pós-moderno e a evolução do direito público (*op.cit.*, p.57 e, adiante, pp.59 e ss.). Os desdobramentos e os exemplos, todavia, foram adaptados ou acrescidos, no texto principal ou em notas, sempre com o objetivo de aproximar as ilustrações, em figura e em função, daquela constelação de fenômenos do processo/procedimento a que se dedica este trabalho (v., *supra*, os “casos” do tópico 1.1, n. VII).

¹⁰⁶² Cf. Grau, *Direito posto...*, pp.160 e ss.

¹⁰⁶³ MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI cita como exemplo dessas “soluções práticas e reais”, com apoio em CARMEN CHINCHILLA MARÍN, a substituição da complexa e burocrática ideia de *personalidade jurídica*, no âmbito da Administração Pública e do Direito Administrativo, por outras mais flexíveis e igualmente legítimas e operacionais, como a de *serviço* ou a de *função social constitucionalmente atribuída* (*op.cit.*, p.65). Nesse sentido, lê-se em CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, p.509): “*Como se irá verificar, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente consagrado [...] implica a articulação de órgãos e funções de Estado, sendo lícito falar-se de um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado. Com esta articulação pretende-se fornecer um primeiro impulso para um enquadramento constitucional de uma teoria das funções do Estado. Considera-se hoje que o conceito jurídico-organizatório de Estado (distinto do conceito teórico-político proveniente da doutrina do Estado tardo-constitucional e que fundamentalmente assentava na qualificação do Estado como pessoa jurídica, fechada e totalizante (= hegelianismo + organicismo), deixou de ser um conceito constitucionalmente adequado: (i) não se coaduna com a existência de “relações externas” (relações inteorgânicas) entre os vários órgãos constitucionais e [de] soberania; (ii) não oferece soluções satisfatórias para a questão dos “litígios orgânicos”*”. Voltaremos a isso *infra*, nos tópicos 13.1 e 13.2. No campo do Direito Processual Civil (ou, mais, da teoria geral do processo), bem se pode lembrar, no Brasil, a opção *funcional* do legislador, em 2005 (Lei n. 11.232/2005), que passou a definir **sentença** — outrora dita apenas “*o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo*” — como “*o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC*” (artigo 162, §1º, do CPC); é dizer, o ato que resolve questões, *com* ou

(b) resposta como *tendência de alargamento de conceitos*, abrindo-os até o limiar da *subjetividade* do agente decisor e *fugindo das grandes narrativas explicativas* (POPPER, LYOTARD), tudo em prol da *funcionalidade* (assim, *e.g.*, com o uso cada vez mais recorrente de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, conceitos aglutinadores e outras figuras próprias do “fenômeno compilatório” inerente à pós-modernidade¹⁰⁶⁴);

(c) resposta como *desmembramento das ideias de poder e de soberania* (de que são exemplos particularmente eloquentes as experiências de supranacionalidade da União Europeia, as “jurisdições especiais indígenas” de países como a Bolívia e a Colômbia e, em geral, todas as manifestações da transição foucaultiana dos modelos de “sede institucional de poder” para aqueles de “organização reticular” do poder¹⁰⁶⁵);

(d) resposta como *desconexão com as ideias e concepções* do modelo liberal-formal (o que é, a rigor, uma manifestação particular do “vale-tudo” pós-moderno nos quadros do direito público, que se desliga do antigo paradigma moderno-liberal-formal na exata medida em que ocorre para novas linguagens — outra vez LYOTARD —, como a *informática*, que impõe uma nova dinâmica processual/procedimental, predispõe à coletivização das demandas e instaura a revisão crítica de conceitos clássicos da processualística, como “citação pessoal”, “interrogatório”, “documento particular assinado”, etc.);

sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 267 e 269 (respectivamente): p.ex., ausência de pressupostos processuais, carência de ação (total ou parcial), prescrição e decadência (“*in totum*” ou apenas de certas pretensões ou direitos), homologação de transação (total ou parcial), procedência ou improcedência, etc. Trata-se de uma noção bem mais líquida, porém mais adequada a uma realidade processual em que decisões interlocutórias amiúde *antecipam* ou mesmo *resolvem* o “*meritum cause*” (*e.g.*, aquela que extingue parcialmente o processo em audiência, com resolução de mérito, por verificar a consumação da prescrição de uma das pretensões deduzidas na petição inicial). Antes chamadas de “decisões interlocutórias mistas”, agora essas decisões bem podem atrair todo o tratamento jurídico próprio de sentenças (a ponto de se cogitar da curiosa figura da “apelação por instrumento”, em substituição, nesses casos, ao antigo agravo de instrumento; cf., *e.g.*, TRF 4ª Reg., Proc. n. 2008.04.00.016634-0, in D.E. 08.09.2008).

¹⁰⁶⁴ Sobre o “caráter compilatório” dos conceitos pós-modernos, v. MARTÍNES-CARRASCO PIGNATELLI, *op.cit.*, p.72: “*Lo público y lo privado, lo jurídico, lo económico y lo político, lo institucional y lo no oficial se entremezclan mediante un fenómeno compilatorio propio de la postmodernidad en cuanto a su fácil y pacífica implantación y aceptación [...]*”. O que remonta, inclusive, às ideias de *integração vertical* e de *sinéptica*, examinadas alhures (tópico 5.1, XII) — que, afinal, são **visões teóricas tributárias da fluidez característica do pensamento pós-moderno** (já o dissemos).

¹⁰⁶⁵ Inclusive com repercussões importantes na repartição clássica de poderes segundo MONTESQUIEU, como haveremos de dizer (cf., *infra*, tópico 13.1).

(e) resposta como *legitimação do procedimento como técnica para alcançar fins*, o que mais releva para nossos propósitos e, por isso mesmo, será objeto de maiores cuidados no tópico 11.3, *infra*.

III. Fecham-se as cortinas, decanta-se o pensar. Dizer de rupturas paradigmáticas não prescinde, hodiernamente, da referência ao estudo de THOMAS KUHN¹⁰⁶⁶. O que é um paradigma e quando há a sua rotura? O que de fato “revoluciona” uma dada ciência? Qual o poder transformador que uma tendência ética — como a da pós-modernidade — pode exercer sobre um sistema normativo?

KUHN define um *paradigma* como a realização ou obra científica que partilha de dois predicados fundamentais: a *atratividade duradoura* e a *abertura problemática*. Os paradigmas são as bases e a razão de ser da chamada “ciência normal”, que se pratica cotidianamente. Em suas palavras, obras como “*A Física*” de ARISTÓTELES, o “*Tratado Elementar de Química*” de LAVOISIER ou o “*Principia*” de NEWTON tornaram-se referências paradigmáticas por reunirem aquelas duas características essenciais:

“Suas realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência”¹⁰⁶⁷.

Nesse sentido, portanto, é que falamos em “astronomia ptolomaica” (ou “copernicana”), “dinâmica aristotélica” (ou “newtoniana”) ou “óptica corpuscular” (ou “ondulatória”), etc.; ou ainda, no âmbito do Direito, em “processo acusatório” (ou “inquisitório”), ou ainda “direito moderno” (ou “direito romano”, ou mesmo “pós-moderno”). Pode mesmo haver *paradigmas dentro de paradigmas* (ou “subparadigmas”), como visto no tópico 11.1: o (sub)paradigma do “Estado liberal”/“direito liberal” (ou do

¹⁰⁶⁶ Thomas S. Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. Beatriz Vianna Boeira, Nelson Boeira, 9ª ed., São Paulo, Perspectiva, 2006, *passim*. Tenha-se em conta que KUHN concebeu o seu conceito de “paradigma” para as *ciências naturais* (originalmente para a Astronomia), o que cria alguma dificuldade para a sua transposição aos lindes das ciências sociais (v. Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.29).

¹⁰⁶⁷ Kuhn, *op.cit.*, p.30.

“Estado social”/“direito social”), ambos ínsitos ao macroparadigma do “direito moderno” (com suas diversas fases), e assim sucessivamente. Em todos esses binômios, estamos sempre confrontando paradigmas.

Para KUHN, o “revolucionário” em Ciência é muito episódico. A quebra de um paradigma e a sua substituição por outro é o que o autor norte-americano denomina de “*revolução científica*”. Dá-se “*si et quando*” um determinado paradigma deixa de oferecer solução satisfatória para um número apreciável de problemas submetidos àquele sistema de conhecimentos. KUHN compartilha da ideia popperiana de que as verdades científicas nada mais são que produtos históricos obtidos pelo trabalho de uma ou mais gerações; e, em reforço, observa que essas “verdades” — os *paradigmas* — ganham seu “*status*” na exata medida em que são mais bem-sucedidas que outras (suas “competidoras”) na resolução dos problemas mais graves apreciados pela comunidade do sistema. Uma vez estabelecido o paradigma, grande parte do trabalho ulterior resume-se em ajustar os fenômenos observados àquele paradigma, debelando desconformidades. Esse não é um trabalho crítico, mas meramente afirmatório, que mantém vivo o paradigma (o que explica a necessidade do predicado da *abertura problemática*); a esse labor — nada mais que um trabalho de “limpeza”, i.e., a depuração dos fatos (ou de sua interpretação) *a partir* do paradigma — KUHN denomina “ciência normal”, tão fascinante quanto estéril do ponto de vista da descoberta e da libertação.

Bem adiante, já tratando da ruptura de paradigmas, KUHN traça um interessante paralelo com os estratos da socialidade. Pondera que, tal como nas revoluções políticas, as quebras paradigmáticas nos sistemas de ciência iniciam-se também com o sentimento crescente de que as instituições ou “verdades” existentes já não respondem adequadamente aos problemas postos pelo entorno que ajudaram em parte a moldar; o sentimento de funcionamento defeituoso — que “*é um pré-requisito para a revolução*” — nasce em uma pequena subdivisão da comunidade científica e daí se espraia, cativando populações cada vez maiores (= *atratividade duradoura*). Tais quebras, ademais, não precisam aparentar-se “revolucionárias”, senão para aqueles cujos paradigmas foram superados; aos observadores externos,

“podem parecer **etapas normais de um processo de desenvolvimento**, tal como as revoluções balcânicas no começo do século XX. [...] Tal como a escolha entre duas instituições políticas em competição, a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária. Por ter esse caráter, **ela não é e não pode ser determinada simplesmente pelos procedimentos de avaliação característicos da ciência normal**, pois esses dependem parcialmente de um paradigma determinado e esse paradigma, por sua vez, está em questão”¹⁰⁶⁸.

Noutras palavras, mudanças paradigmáticas podem ser suaves (exceto, é claro, para tantos quantos se apeguem belicosamente ao paradigma em vias de superação). E, por evidente, não se pode querer compreender o novo paradigma pelas bases teóricas que fundavam o anterior. Nesse aspecto, o papel dos paradigmas, na dinâmica do respectivo debate eletivo, será sempre um papel circular e infecundo.

IV. E o que tudo isso nos diz sobre a cena da “pós-modernidade jurídica”? O que ela traduz — ou pode traduzir — paradigmaticamente? Logo de partida, convém atentar para o seu “*background*”: um recorrente “*sentimento de funcionamento defeituoso*” quanto ao direito moderno; e, naquilo que mais releva, muito especialmente quanto ao *processo de índole liberal-formal*, típico do direito moderno, apegado a uma clara finalidade de reprodução social do “*status quo*” e de fabrico de decisões previsíveis (funcionamento “*more geometrico*”), sob uma lógica eminentemente cartesiano-euclidiana. De tudo isso falamos *supra*, no tópico 5.2.

Tal sentimento não é certamente unânime entre os operadores do sistema jurídico. É hoje partilhado e cultivado por muitas subdivisões comunitárias (de juízes, promotores, advogados, etc.); nada obstante, tem se alastrado de modo formidável nos últimos anos, notadamente em certas searas (*e.g.*, liberdades públicas, direitos sociais), o que parece revelar, ao menos em potência, o caráter da *atratividade duradoura* (do contrário, terá sido um rele “modismo” — e o tempo o dirá). Outrossim, é claro que um novo modelo ainda não está consumado: há muitas pistas e algumas construções, mas todas ladeadas por um infinito espaço problemático (= *abertura problemática*).

¹⁰⁶⁸ Kuhn, *op.cit.*, pp.125-127 (*g.n.*).

E, se há indícios do enfeitamento do paradigma moderno-liberal-formal¹⁰⁶⁹, o que os influxos da ética pós-moderna (*supra*, ns. I e II) podem oferecer em substituição?

Pluralidade ao invés das unidades monolíticas (*e.g.*, a lei), das universalidades abstratas¹⁰⁷⁰ e das dicotomias maniqueístas (*e.g.*, Estado *v.* indivíduo). *Teorias individualizadoras*, pensadas para necessidades específicas (como a que se esboçará nesta Tese), ao invés de grandes esquemas explicativos (positivismo *v.* jusnaturalismo *v.* direito alternativo “*and so*”). *Decisões prudenciais*, em modo de “*phronesis*” (*e.g.*, ponderação “*in concreto*” na admissão da prova ilícita), ao invés de respostas jurídicas prontas, previsíveis e inabaláveis (*e.g.*, inadmissibilidade “*tout court*” da prova ilícita). *Aporias e compromissos com valores* (*e.g.*, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho) ao invés da previsibilidade ínsita à racionalidade cartesiano-positivista. Parece satisfatório?

Eis, afinal, o véu diviseiro que inelutavelmente separará a *pós-modernidade* da modernidade do Direito. E que, “*venia concessa*”, não permite negar — pelo menos em seara jurídica¹⁰⁷¹ — que a ética pós-moderna esteja a prenunciar uma ruptura paradigmática. Prenuncia-a. E em bases convincentes.

11.3 TÉCNICA PROCESSUAL, INTERESSES E JUSTO PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE

I. No tópico anterior, tivemos ocasião de observar que, a reboque do paradigma jurídico pós-moderno que agora se constrói, ganha corpo no direito público a ideia da **legitimação do procedimento como técnica para procurar fins**. Aplicando as teses de HABERMAS (*supra*, tópico 11.1) ao problema da legitimidade da jurisdição, pode-se

¹⁰⁶⁹ Cf., por todos, Grau, *Direito posto...*, p.107. *In verbis*: “o tempo em que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. **O direito, em suas duas faces** — enquanto **direito formal** e enquanto **direito moderno** — **se desmancha no ar**. Paralelamente, à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência dos direitos alternativos é incontestável” (g.n.).

¹⁰⁷⁰ Cf. Grau, *Direito posto...*, p.162.

¹⁰⁷¹ Para não citar o novo *paradigma cultural* reconhecido por TOURAINE (*supra*, tópico 11.1), com o que igualmente concordamos.

talvez afirmar que essa pretensão de validade¹⁰⁷² de procedimentos mais flexíveis, que se adaptem às necessidades do caso concreto (i.e., ao “fim” último do processo, que é garantir a fruição de determinado bem da vida contra quaisquer resistências), tem o mérito de *suplantar* o fetiche da racionalidade puramente procedimental, que deita raízes no processo romano e depois no canônico (*supra*, tópicos 7.3.1 e 8.3). Com efeito, não é do mero atendimento das formas e procedimentos legais, à maneira de “verdades universais” do processo (pelo viés da legalidade cega), que deriva a legitimidade democrática de uma sentença judicial. Nem exclusivamente da sua “justiça” intrínseca, porque admiti-lo seria fazer tábula rasa da segurança jurídica — renegando *inputs* altamente positivos do legado romano-canônico — e mergulhar o sistema judiciário de solução de conflitos em um pântano viscoso de subjetividades. A legitimação do procedimento como técnica para perseguir fins representa precisamente o amalgamar daquelas duas tendências, caucionando, de um lado, o princípio geral de respeito à sequência e à forma procedimental legal-formal (com o que se atende à condição de vigência formal da sentença, ou de sua “*facticidade*”¹⁰⁷³); e proporcionando, de outro, um espaço público e dialógico de argumentação para as partes (o que tanto abrange a parte imparcial — o juiz — como as partes adversas e os terceiros intervenientes, como condição para a “legitimidade” da sentença, i.e., a sua *validade*¹⁰⁷⁴ *material*). Esse espaço público-dialógico servirá inclusive para alcançar consensos quanto à necessidade de episodicamente *inpletir* aquela sequência ou forma, com vista à consecução de um fim maior. De todo modo, seguirá em linha de proa, como condição de vigência formal da decisão judicial (e da sua coercibilidade), o *procedimento legal-formal*; apenas se escoimará o seu elemento fetichista (i.e., a percepção de que não haverá legitimidade se não a partir da sua estrita e inflexível observância). É, afinal, a projeção da *razão prático-moral procedimental* habermasiana no microcosmo do processo judicial. **A jurisdição democrática valida-se por um processo intersubjetivo de atitude conformativa** (*supra*, tópico 5.2) **no qual os atores comunicantes obtêm consensos circulares** (e.g., nos casos de transação, renúncia ou reconhecimento jurídico de pedido) **ou verticais** (e.g., nas sentenças de procedência ou improcedência) **a partir da**

¹⁰⁷² Ou *pretensão de acerto*, para empregar as associações da tabela do tópico 5.2.

¹⁰⁷³ Do original “*Faktizität*” (um neologismo filosófico também na língua alemã), em *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, v. I e II, *passim*.

¹⁰⁷⁴ Do original “*Geltung*”, em *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, v. I e II, *passim*.

argumentação dialógica em um espaço público, institucionalizado e formalmente regrado.

A componente nova — aliás quase empírica (*supra*, tópico 1.1, n. VII) —, não explícita em HABERMAS, é que a tensão entre a faticidade e a validade do comando jurídico (seja como lei, seja como sentença) pode ser, em certas circunstâncias, uma tensão de tipo “*tertium non datur*”: em um dado estado de crise aguda do bem jurídico “*sub iudice*”, ou bem se atende à devida forma legal (que nem sempre corresponderá ao *devido processo legal* na visão unitária que propomos), ou bem se atende à argumentação de maior valor, que tenderá sempre a prevalecer, de acordo com o própria “*formulação de “U”*” habermasiana (i.e., o seu princípio moral¹⁰⁷⁵).

¹⁰⁷⁵ Pela qual “*toda norma válida deve satisfazer à seguinte condição: as consequências e efeitos secundários que presumivelmente afetarão a satisfação dos interesses de cada um em particular, caso a norma venha a ser obedecida em geral, devem poder ser aceitas, sem constrangimentos, por todas as pessoas afetadas*” (*Direito e Democracia...*, t. II, p.322, nota n. 15). V. Também Jürgen Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, p.131. Já no sentido oposto a este que alvitramos, cf., por todos, Paulo Américo Maia Filho, *Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista*, São Paulo, LTr, 2010, *passim* (partindo da mesma teoria procedimentalista de HABERMAS para descortinar, no polo contrário, severa crítica à “criatividade judicial” que busca nos princípios constitucionais fundamentos para colmatar ou mesmo inflitir o vetusto procedimento da CLT brasileira, que é de 1943). Com a devida vênua, MAIA FILHO equivoca-se ao sustentar que a dialeticidade procedimental legitimadora só pode ocorrer no plano legislativo (jamais no plano judicial), pois acaba transformando a contribuição habermasiana em mera apologia do positivismo legal-formal (aproximando-a indevidamente de WEBER e do binômio *legitimidade ↔ legalidade* — v., *supra*, tópico 11.1, n. IV). Esquece-se de que HABERMAS também tem em vista as *decisões judiciais* quando desenvolve sua teoria da razão prático-moral procedimental (cf., e.g., Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, p.306). Ademais, o próprio HABERMAS acena positivamente para o desenvolvimento dos “novos conceitos-chave relacionais” do Direito Constitucional, entendendo-os inclusive como princípios procedimentais (logo, legitimadores), ao convergir para a avaliação positiva de DENNINGER a esse respeito (*Staatsrecht*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1973, v. I, p.308); e, adiante, registra que “*uma jurisprudência dirigida por princípios não precisa necessariamente ferir a estrutura de decisão organizada hierarquicamente, destinada a garantir preliminarmente ao respectivo processo de decisão os argumentos legitimadores, através de resoluções de um nível de competência hierarquicamente superior*” (*op.cit.*, v. I, p.324). O autor alemão pontifica, enfim, que um tribunal — noemadamente um tribunal constitucional — que se deixe conduzir por uma compreensão constitucional procedimental (i.e., acatando todos os “*pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos*”) não precisa deixar a descoberto o seu crédito de legitimação: movimentar-se-á no interior das competências para a aplicação do Direito (pela lógica da argumentação) e estará respeitando o processo democrático (*op.cit.*, v. I, pp.345-346). Por isso MARINONI afirma que, “[s]e parte das teorias procedimentalistas faz preponderar a participação popular sobre os direitos fundamentais [...], a teoria de Habermas — ao contrário das outras teorias procedimentalistas — permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual se deva desenvolver o debate popular. Segundo Habermas, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público” (Luiz Guilherme Marinoni, “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”, in *Teoria...*, Didier Jr., Ferreira Jordão, pp.563-564 — g.n.). Portanto, HABERMAS não

Assim, p.ex., no espaço público-dialógico de argumentação, o valor relativo atribuído consensualmente a certo interesse constitucionalmente garantido (e.g., o direito à vida) pode sobrelevar a razão-forma estritamente procedimental (e.g., a que obsta a concessão de liminares que esgotem o objeto da ação contra a Fazenda Pública — artigo 1º, §3º, da Lei n. 8.437/92). Se há risco iminente de morte, as pessoas diretamente afetadas — inclusive a Fazenda, na pessoa de seus representantes — poderão aceitar, sem constrangimentos, que um comando judicial de concessão liminar de certo remédio vital pelo Sistema Único de Saúde seja geralmente praticado e obedecido em todos os casos semelhantes? Parece certo que sim. Haverá, afinal, cidadão pensante — inclusive os que representam a Fazenda — que possa sinceramente repudiar a força e a racionalidade de máxima tão óbvia (garanta-se primeiro a sobrevivência, depois o contraditório)?

Parece incontestado, especialmente em uma compreensão pós-moderna (de respostas práticas derivadas da “*phronesis*” e de renúncia às verdades absolutas em favor da funcionalidade), que a solução concreta de validade material impõe, neste caso, o *deferimento da liminar*, a despeito da vedação procedimental — que nem por isso se dirá “inconstitucional” para todos os casos (trata-se, pois, da figura da “*verfassungskonformen Auslegung*”) —, sem que isso comprometa a vigência formal da decisão, já que em tudo mais se observará o procedimento jurídico-formal (inclusive na garantia do espaço dialógico para o contraditório, que apenas será diferido no tempo). Em síntese, *adapta-se o procedimento para a consecução de um fim valioso que, de outro modo, não se obteria*. Preserva-se a *razão comunicativa*, sacrificando pontualmente uma estéril razão procedimental que HABERMAS propõe abolir, porque dá vigência (“*facticidade*”) mas não validade, e que a pós-modernidade fatalmente abolirá.

II. A ruptura do paradigma do direito moderno — e muito particularmente a do direito liberal, que HABERMAS autonomiza (*supra*, tópico 11.1, n. IV) — também

parece recusar “*prima facie*” legitimidade à atividade criativa das cortes, pela via dos princípios constitucionais, para além da lei formal positivada. Apenas adverte — com razão — que “*ele* [o tribunal constitucional; ou — onde existe o *controle difuso de constitucionalidade*, como no Brasil — os tribunais em geral] *não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada — da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ —, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor*” (*op.cit.*, v. I, p.347). Em síntese: ativismo judicial não pode significar autocracia dos tribunais.

preludia um novo tempo para as **titularidades** no direito material¹⁰⁷⁶ e consequentemente no direito processual. O processo civil tradicional, talhado para a tutela dos direitos subjetivos do *indivíduo*, perde paulatinamente a sua legitimidade em uma sociedade na qual a pluricentralidade apresenta outras ilhas de legitimação social igualmente importantes, como as minorias (remontando a TOURAINE, *supra*) e a própria coletividade (quando se compartilham interesses comuns pela própria condição humana, como, p.ex., o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou a abolição do trabalho escravo contemporâneo). Mesmo no plano eminentemente civil, não faz sentido que a discriminação direta ou indireta imposta por uma empresa ou municipalidade às pessoas portadoras de certas deficiências físicas seja combatida no varejo, com o risco de suscitar decisões contraditórias e a certeza de gerar retrabalho judiciário. O mesmo se aplica aos casos de desequilíbrio ambiental provocado por externalidades econômicas.

Nos dias de hoje, os principais protagonistas da vida política e social das sociedades democráticas são os *grupos*, não mais os indivíduos. Também já não existe o povo como unidade ideal ou mística, mas apenas o povo dividido em grupos autônomos, contrapostos e concorrentes¹⁰⁷⁷. A unidade universal do “sujeito” e do “povo” cede à fragmentação do(s) indivíduo(s) — cada qual sujeito de si próprio, autorreferente — e de seu(s) grupo(s) de interesse(s). E, no nível dos grupos, se seus integrantes partilham interesses *comuns* e *indivisíveis*, a ação e o procedimento têm de ser pensados segundo as especificidades da suas posições jurídico-materiais: afinal, a lesão de um dos seus elementos indicará sempre a lesão de toda a coletividade, ao mesmo tempo que a satisfação de um único interessado

¹⁰⁷⁶ BOBBIO chegou a sugerir que até mesmo a Natureza e os animais, hoje meros centros de referência normativa, evoluam no futuro para a condição de efetivos *titulares* de direitos. *In verbis*: “Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos. Decerto, todas essas novas perspectivas fazem parte do que eu chamei, inicialmente, de histórica profética da humanidade, que a história dos historiadores [...] não aceita tomar em consideração” (*A era dos direitos*, p.63). Eis a pós-modernidade — dos pluralismos, da pluricentralidade e da desconexão de ideias e concepções — em franca erupção.

¹⁰⁷⁷ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.308. Adiante: “Nossas instituições, assim como o ideário político que as sustenta, têm o indivíduo como destinatário, mas, na realidade, essa entidade, pensada abstratamente como número — importante para as pesquisas de opinião —, nem mesmo sabe o que seja autonomia política”.

implicará necessariamente a satisfação de todos¹⁰⁷⁸. Esses interesses, ditos *metaindividuais*, não se confundem com a mera soma dos direitos subjetivos titularizados pelos indivíduos singulares que compõem o grupo¹⁰⁷⁹; antes, conformam um fenômeno autônomo, que transcende a esfera privada e se caracteriza pela indivisibilidade das pretensões materiais em jogo. Os procedimentos individuais clássicos, pensados para a conflituosidade típica do Estado liberal (indivíduo *v.* indivíduo ou indivíduo *v.* Estado), já não servem para a justa e pronta resposta a essas demandas.

Reconhecida a disfuncionalidade, sobretudo a *lei* deve se adaptar a essas novas exigências, formatando procedimentos judiciais e administrativos adequados para a tutela desses denominados *interesses transindividuais* (ou, mais amplamente, dos *interesses coletivos “lato sensu”*, que tanto alcançam os interesses propriamente transindividuais — difusos e coletivos “*stricto sensu*” — como os interesses individuais homogêneos, ontologicamente individuais, mas operacionalmente coletivos¹⁰⁸⁰). Há já variegadas iniciativas nesse sentido; algumas consumadas¹⁰⁸¹ e outras, alvissareiras, em fase de debate público¹⁰⁸²; mas voltaremos a isso adiante (Parte II, Capítulo IV). Nesta passagem, basta

¹⁰⁷⁸ Cf. Ada Pellegrini Grinover, “A problemática dos interesses difusos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos*, Ada Pellegrini Grinover (org.), São Paulo, Max Limonad, 1984, pp.31-33.

¹⁰⁷⁹ Cf. Chiara Perillo, “La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societario”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2006, n. 1, p.138. Na sequência, a autora comenta (quanto à tutela dos interesses coletivos no processo societário italiano): “L’interesse collettivo consiste, invece, piuttosto in una situazione giuridica unica ed indivisibile con pluralità di legittimati all’azione, legittimati da individuare — anche per ciò che concerne il rito societario — nelle associazioni iscritte nell’elenco di cui all’art. 137 Codice del consumo e nelle Camere di Commercio. Tale situazione giuridica è creata al precipuo scopo di prevenire la lesione dei diritti soggettivi appartenenti ai singoli membri della categoria; esso non è, dunque, né l’interesse di un individuo, né quello di un gruppo, né l’interesse generale, ma la sintesi concettuale di una molteplicità di situazioni lese o messe in pericolo da un atto o un comportamento. [...] Ciò posto, l’associazione è titolare del solo diritto giudiziario di azione. D’altra parte, la legittimazione ad agire delle camere di commercio deve essere ricostruita in maniera analoga poichè tali soggetti pubblici, avendo tra i propri fini istituzionali la tutela di determinate categorie (consumatori ed utenti, imprenditori), nel tutelare l’interesse pubblico perseguono (non solo indirettamente) la tutela dell’interesse collettivo” (pp.138-139). O excerto revela como os influxos da pós-modernidade — em especial a pluralidade, a fragmentação e a desconexão com ideias e conceitos do direito liberal — têm carreado graus progressivamente maiores de complexidade para a questão da *titularidade da ação* no processo civil, sobretudo quanto comparada com a titularidade jurídico-material, sempre mais clara para o intérprete.

¹⁰⁸⁰ Para a conceituação de *interesses difusos, coletivos (“stricto sensu”)* e *individuais homogêneos*, v. no Brasil, o artigo 81, par. único, I a III, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

¹⁰⁸¹ No Brasil, cf. p.ex. a Lei n. 7.347/85 e a Lei n. 8.078/90.

¹⁰⁸² No Brasil, veja-se, por todos, o “*Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*”, encaminhado formalmente ao Ministério de Estado da Justiça (Secretaria de Reforma do Judiciário) em janeiro de 2007 e elaborado por comissão de juristas brasileiros sob a coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER

lembrar que o fenômeno de **coletivização das demandas** é certamente um rebento da pós-modernidade para o direito processual (associado às características do pluralismo, da fragmentação e da desconexão das ideias e conceitos liberais). E, “*vis-à-vis*” desse desafio, onde a lei acaso se omitir, a necessidade concreta poderá mesmo exigir do magistrado o emprego da *racionalidade comunicativa* estudada no item anterior para impor, na prática, a flexibilização funcional do procedimento.

III. Nesse sentido, portanto, deve-se entender que **justo processo**, em compreensão pós-moderna, não pode ser o processo/procedimento que segue criteriosamente a devida forma legal. Pode ser *também* isso; mas não pode ser *apenas* isso, nem tampouco pode ser *incondicionalmente* isso. A ideia de justo processo — não o “*giusto processo*” italiano (que segue o modelo europeu de exaurimento conceitual no “*procedural due process*”, como visto no tópico 10.4.3, n. IV), mas o justo processo em acepção ampla, perenizado na “*due process clause*” das Emendas ns. V e XIV da Constituição dos EUA e no artigo 5º, LIV, da CRFB, entre outras — reclama também a *validade material* que se recolhe na construção dialética de soluções funcionais pelo processo judicial, espaço público-dialógico por excelência (assim como o Parlamento o é para a lei), e na confrontação desassombrada dos interesses concretamente envolvidos, “*si et quando*” autoexcludentes. **Justo processo**, portanto, será o **devido processo legal em síntese dinâmica**: o juiz do caso concreto tanto deve operá-lo na dimensão procedimental, qual “*procedural due process*” (= expressão da segurança jurídico-formal), como na dimensão material, qual “*substantive due process*” (= expressão da garantia de indenidade mínima dos direitos fundamentais diretamente afetados). Como reza a “*prudentia iuris*” e impõe o enfrentamento de aporias. Mas o capítulo 4 (*infra*) nos dará disso a derradeira configuração.

Tais ilações trazem implícita a assertiva de que a pós-modernidade não é e nem pode ser uma grande panaceia funcionalista. Como observa MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, nem todo o funcional é necessariamente legítimo (pense-se, *e.g.*, na tortura, adotada como eficaz meio de prova nos funestos procedimentos de TORQUEMADA). Bem

(disponível em http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=3531, acesso em 25.12.2011).

ao revés, os autores pós-modernos consideram que somente será realmente útil — “funcional” — aquilo que aprioristicamente também se considerar legítimo. E “*o que realmente legitima uma decisão, uma situação, um governo, é o procedimento seguido até se obter o resultado, e não o resultado em si*”¹⁰⁸³. Para a via do procedimento (entendido em acepção lata), três pontos de partida são comuns no discurso pós-moderno: a busca do conhecimento das “*verdades concretas*” em cada hipótese situacional (e não a busca “da” Verdade); o emprego de técnicas que associem diálogo e negociação; e a admissão da necessidade de consensos concretos e flexíveis. Aspectos que, aliás, parecem colocar o pensamento pós-moderno mais próximo de HABERMAS do que ele próprio gostaria¹⁰⁸⁴. Mas, respeitadas as regras fundamentais que legitimam o procedimento (e que dizem mais com o *agir comunicativo* do que com o servilismo burocrático), seus resultados devem ser os mais funcionais possíveis (*supra*, tópico 11.2, II). Os procedimentos não se justificam, se não pela consecução dos fins para os quais são instrumentos. E se isso vale para os grandes procedimentos — inclusive no âmbito da administração pública e do processo legislativo —, valerá também para o microcosmo dos processos judiciais.

Nessa alheta, é forçoso convir, com MARINONI¹⁰⁸⁵, que o *direito de ação*, premido por um imperativo constitucional de *inafastabilidade* (no Brasil, v. artigo 5º, XXXV, da CRFB), já não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme e inflexível para todos os casos ou inclusive para alguns casos dotados da mesma especificidade (os “procedimentos especiais”). Aliás, a pretensão de construir um “procedimento universal” tem sido fortemente criticada no direito continental europeu, por desconsiderar inclusive as diferentes posições sociais dos litigantes¹⁰⁸⁶; tal tendência não é outra coisa senão a opção moderna por grandes esquemas explicativos aplicada à realidade dos procedimentos judiciais. Há que trilhar a senda oposta e conferir ao juiz a máxima versatilidade possível. Por isso, as novas técnicas processuais incorporam *normas abertas*,

¹⁰⁸³ Martínez-Carrasco Pignatelli, *op.cit.*, p.201.

¹⁰⁸⁴ Embora o próprio LYOTARD tenha defendido, no campo da justiça, uma ideia e uma prática que não estejam ligadas à do “consenso”, exatamente pela impossibilidade de se obter consensos gerais, mas apenas consensos “locais” (e aqui, justamente, aparta-se de HABERMAS). Cf. Lyotard, *The Postmodern Condition...*, pp.115 e ss.

¹⁰⁸⁵ Marinoni, *Teoria Geral...*, pp.290-291.

¹⁰⁸⁶ Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, pp.698-699.

isto é, “*normas voltadas para a realidade, deixando claro que a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo*”. Mas esse é o papel do legislador.

Ao juiz, por seu turno, cabe assegurar ao cidadão que o procedimento seja o mais *idôneo* possível, atentando à natureza do direito material reclamado e à própria realidade social; e, se é assim, evidentemente ganham eminência os processos em que se discutem *direitos humanos fundamentais* (como a vida, a saúde, a integridade física, a liberdade ou os direitos sociais constitucionalmente consagrados)¹⁰⁸⁷. No dia a dia forense, isso amiúde significará interpretar a legislação processual de acordo com os valores da Constituição Federal, adequando o procedimento legal à razão-de-ser constitucional da própria jurisdição: a *tutela efetiva do direito material* (*supra*, tópico 10.4.1, n. III). Essa “adequação” poderá significar, inclusive, a colmatação de lacunas deixadas pelo legislador¹⁰⁸⁸; ou, mais, o afastamento de normas legais restritivas de procedimento que acaso impeçam ou dificultem sobremodo a consecução daquela razão-de-ser ou atentem contra outras garantias *jusfundamentais*¹⁰⁸⁹ (o que implicará, no fim das contas, dar fiel

¹⁰⁸⁷ Mas a legitimação do procedimento (judicial) como técnica para procurar fins — e a sua consequente possibilidade de conformação judicial — existe mesmo quando não se reclamar a proteção de direitos fundamentais, porque mesmo nesses casos, de pedido de tutela jurisdicional a direitos não fundamentais, haverá ao menos um direito fundamental em jogo: o próprio *direito à efetividade da tutela*, “*que obviamente não se confunde com o direito objeto da decisão*”. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p.223.

¹⁰⁸⁸ Assim, p.ex., a inversão do ônus da prova onde a lei processual não o previu textualmente, mas a necessidade o reclama (notadamente em sede de direitos fundamentais): “*Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. [...] Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isto justifica que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e essas restrições pressuponham a existência de determinados factos acomodados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições. [...] Compreende-se que quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito, se devam evitar teorias abstratas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias*” (J. J. Gomes Canotilho, *Estudos...*, pp.169-175 [g.n.]). No caso brasileiro, o critério ROSERBERG foi positivado na lei (artigo 333 do CPC), sem prever exceções de fundo material. Mas voltaremos a isso adiante.

¹⁰⁸⁹ Assim, p.ex., a restrição do objeto da contestação nos procedimentos de busca e apreensão de bem móvel gravado com a garantia real da alienação fiduciária (artigo 3º, §2º, do Decreto-lei n. 611/69: o réu “*só pode alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais*”, não lhe tocando sequer a possibilidade de alegar a nulidade do contrato). Como obtempera MARINONI, “*essa norma limita a defesa para imprimir maior celeridade ao rocedimento. Essa rapidez é dada ao autor às custas do réu, que fica impedido — segundo o desejo da lei — de discutir as cláusulas do contrato, que consistem em matéria que poderia justificar o não pagamento das prestações. Trata-se de restrição à amplitude da defesa que não tem qualquer justificativa, mas apenas a intenção de conferir uma justiça mais rápida às instituições*

cumprimento à própria “*due process clause*”, mas em sua dimensão substancial). Isso porque o cidadão não tem o simples direito à técnica processual descrita na lei; mais que isso, tem o direito a *determinado comportamento judicial*, que seja capaz de conformar as regras de processo às necessidades do direito material em tese e da casuística concreta que ao juiz se apresenta¹⁰⁹⁰. Do magistrado, portanto, deverá poder esperar, quando necessário, a injeção de vinho novo em odres velhos.

Ademais, ainda com MARINONI¹⁰⁹¹, convém ressaltar que não são apenas os procedimentos que devem atender às especificidades do direito material em tese e à máxima efetividade jurisdicional, porque a técnica do procedimento é apenas uma das espécies de técnica processual. Há outras, como a técnica antecipatória, a técnica sentencial e a técnica dos meios executivos, que igualmente demandam releitura a partir daqueles pressupostos. Mas façamos isso no devido tempo.

Por agora, bastar-nos-á arrematar com o saudoso OVÍDIO BATISTA¹⁰⁹² (dirigindo-se literalmente ao jurista, mas — creia-se — também ao juiz):

“Os juristas em geral, e os processualistas particularmente, têm de trabalhar nesse mundo, com suas carências, suas expectativas, lamentações e esperanças. Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranqüilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos”.

IV. Essa derradeira advertência diz muito sobre o que deverá ser o **futuro** do devido processo. O “*due process of law*”, cujos *rudimentos primitivos* foram salpicados ainda na Antiguidade (tópico 7.4), caminhando para a sua ulterior *consumação*, como garantia, na Baixa Idade Média (tópico 8.4), e para a sua irreversível *consolidação*, como ideia e fato histórico, com o advento da modernidade (tópico 9.3), encontrou na contemporaneidade

financeiras. A restrição ao direito de defesa, aqui, não encontra legitimidade nos valores constitucionais” (Técnica processual...p. 199 [g.n.]). Nesse exato sentido (mas quase um lustro antes), cf., de nossa lavra, Tratado..., passim.

¹⁰⁹⁰ Marinoni, *Técnica processual...*, pp.224-225.

¹⁰⁹¹ Marinoni, *Técnica processual...*, p.193.

¹⁰⁹² *Processo e Ideologia*, p.317.

(§10º) uma verdadeira **consagração**, nomeadamente pela sua inclusão nas grandes cartas de direitos do nosso tempo (como na Declaração de Direitos da Virgínia — tópico 10.1.2 —, nas Emendas ns. V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América — tópico 10.1.4 —, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — tópico 10.2 — e nas declarações internacionais de direitos humanos do século XX).

Para o porvir, os primeiros lampejos da chamada pós-modernidade anunciam, em relação ao devido processo legal, uma **maturação inclusiva**, com a paulatina apreensão e evocação da “*due process clause*” como o pilar discursivo essencial de um *pan-garantismo* que perseguirá, na confluência das dimensões substantiva e processual da crescente litigiosidade humana, **padrões cada vez mais éticos e menos nominalistas para um “justo” cada vez menos abstrato** (o que não deixa de expressar, culturalmente, uma expansão progressiva, qualitativa e quantitativa, da “*Kampf um’s Recht*” iheringiana¹⁰⁹³).

¹⁰⁹³ Cf. Rudolph von Ihering, *A Luta pelo Direito*, trad. Richard Paul Neto, Rio de Janeiro, Editora Rio Sociedade Cultura, 1983, *passim*. Ao longo do opúsculo, IHERING opõe-se — a nosso ver acertadamente — à visão “romântica” propugnada por SAVIGNY, entusiasta de uma pretensa capacidade do legislador em criar todas as leis necessárias para a sociedade; e, para mais, fiel a uma concepção “indolor” do jurídico e do justo, como algo que se pudesse sempre alcançar espontaneamente, sem necessidade de luta ou intervenção. Para o jurista de Aurich, ao revés, “[e]nquanto o direito tiver de rechaçar o ataque causado pela injustiça — e isso durará enquanto o mundo estiver de pé —, ele não será poupado. A vida do direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos”. Em retórica mais atual, dirá FERRAJOLI que “[e]l término ‘estado de derecho’ [...] designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado [...] en el plano sustancial, por la **funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos**, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”; por isso, o Estado de Direito não pode prescindir da institucionalização de eficientes *instrumentos de luta* — pelos direitos —, com o mais dilargado alcance objetivo, já que “no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los **contenidos de su ejercicio**, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores” (*Derecho y razón*, pp.856-857 [g.n.]). Nas repúblicas modernas, como se sabe, coube ao Poder Judiciário a primazia no controle desses conteúdos.

Capítulo 2

“Substantive due process”

CAPÍTULO 2

“*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*”

§ 12º. “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*” E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

12.1. DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS¹⁰⁹⁴

I. *Democracia*, para TOCQUEVILLE¹⁰⁹⁵, é conceito que não se dissocia de um sentido individual de fruição isonômica de direitos, uma vez que é da sua essência a *igualdade de condições*, percebida por todos os cidadãos e estabelecida como ponto de partida para condições materiais de vida mais equânimes. Tal essência não deixa de guardar contradições internas, como a fragmentação social que decorre da equalização inicial (e, por conta disso, a conhecida dialética que o autor propõe entre *igualdade e liberdade*). Mas, por outro lado, já não se pode temer a “tirania das maiorias”, porque as democracias modernas — distanciando-se a mais não poder da “democracia dos antigos” — já não se resumem ao “*démos*”¹⁰⁹⁶ e às praças e mantêm contra as tiranias controles múltiplos, efetivos e bastantes (o sistema de “*checks and balances*” do modelo norte-americano, que tanto encantou o filósofo francês).

BOBBIO, por sua vez, observa que, na democracia moderna, o soberano não é exatamente o “povo”, mas todos os cidadãos; isso porque falar de “povo” é falar de uma

¹⁰⁹⁴ Optamos, aqui, pela expressão “*direitos humanos fundamentais*”, seguindo certa tendência doutrinária que tenciona reunir, na mesma locução, tanto o sentido *universal* — direitos válidos para todos os povos, que arrancam da própria natureza humana — quanto o sentido *positivo* — direitos institucionalmente garantidos nas constituições e por isso limitados espaço-temporalmente (cf. J. J. Gomes Canotilho, *Estudos...*, p.369; Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais...*, pp.19 e ss.).

¹⁰⁹⁵ *Oeuvres complètes...*, t. I, *passim*.

¹⁰⁹⁶ A “comunidade dos cidadãos”, que não incluía todas as *personas* (excluam-se, *e.g.*, as mulheres, os estrangeiros residentes, os menores de dezoito anos e os escravos). A própria *pobreza* foi, até o século XIX, fator de exclusão dos direitos políticos (Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p.376), a reboque do instituto do “voto censitário”. Nas atuais democracias ocidentais, se ainda há naturais restrições etárias (no Brasil, para menores de 16 anos) e de origem (*e.g.*, para estrangeiros não naturalizados), as outras tornaram-se inconcebíveis.

abstração cômoda, porém perigosa, já que permite desconhecer os defeitos e os interesses dos indivíduos. A democracia moderna, de fundo liberal, optou por uma concepção individualista de sociedade, “*que atribui ao indivíduo humano, diversamente de todos os outros seres do mundo natural, uma personalidade moral que, para nos expressarmos em termos kantianos, tem uma dignidade, não um preço*”¹⁰⁹⁷. Esse traço individualista resiste à pós-modernidade, subjaz a ela — eis que a transição entre modernidade e pós-modernidade não é violenta, mas difusa (*supra*, tópico 11.2, n. I) — e num certo sentido se recrudescer; e, por outro lado, a igualdade formal cede paulatinamente lugar à concretude do ser social, o que leva à fragmentação da sociedade, que já não se explica apenas pelas individualidades subjetivas, mas também por individualidades objetivas (pense-se, p.ex., na identidade social das *minorias* citadas por TOURAINE). Assim, pode-se prever — até pela percepção de que se alcançou, com a democracia moderna, um estágio de maturidade política que provavelmente não será superado¹⁰⁹⁸ — que

“a democracia do futuro goza[rá] do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta, tornada possível com a difusão dos meios eletrônicos, à democracia dos antigos”¹⁰⁹⁹.

Democracia é, afinal, o produto histórico e formidável de tudo o que revisitamos alhures (Capítulo I), da Antiguidade à pós-modernidade: autoridade pública, racionalidade procedimental, tutela de liberdades públicas, pluralismo e postura dialógica.

Mas em que nível se podem afinal estabelecer as conexões entre Democracia e direitos humanos fundamentais, apenas esboçadas por TOCQUEVILLE? Essa resposta é importante, porque nos permitirá aquilatar o quão importante realmente é, para o Estado Democrático de Direito, a existência e o manejo de um processo judicial que possa efetivamente garantir proteção jusfundamental.

¹⁰⁹⁷ Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p.380.

¹⁰⁹⁸ Cf., por todos, Fukuyama, *O Fim...*, p.323 “[...] o processo histórico assenta nos pilares geminados do desejo e do reconhecimento racionais e [...] a democracia liberal moderna é o sistema político que melhor satisfaz os dois dentro de um certo equilíbrio [...]”.

¹⁰⁹⁹ Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p.382.

II. Pois bem. Se é certo que a *dignidade* do indivíduo humano está na *base* da democracia moderna (cujos valores fundamentais provavelmente resistirão às mudanças da pós-modernidade¹¹⁰⁰), restam à partida evidentes os íntimos vínculos de identidade e autorreferência que existem entre ela, a democracia moderna (e não a “democracia dos antigos”, que inclusive mantinha “*cives sine suffragio*”¹¹⁰¹), e os chamados *direitos humanos fundamentais*. Não há democracia, em acepção moderna, sem respeito à *dignidade superior* da pessoa humana (seja ela de fundo ético-racional¹¹⁰² ou meramente dogmático¹¹⁰³); e é assim precisamente porque se trata — ainda — de uma democracia de

¹¹⁰⁰ Fukuyama, *O Fim...*, pp.279-290. Para FUKUYAMA, o maior perigo que as democracias modernas poderão enfrentar “*vem da direita, isto é, da tendência da democracia liberal para conferir reconhecimento igual a pessoas desiguais*” (p.290); da mesma forma, pouco adiante, diz que “*a democracia liberal pode, a longo prazo, ser subvertida interamente, seja por excesso de megalothymia, seja por excesso de isothymia — isto é, o desejo fanático de um reconhecimento igualitário. A minha intuição diz-me que será essa última que acabará por constituir a maior ameaça às democracias*” (p.303). GINO GERMANI, por sua vez, aponta quatro perigos, o primeiro *externo* e os demais *internos*: **1.** a internacionalização crescente da política externa, que favoreceria soluções autoritárias (os Estados não hegemônicos veem-se instados ao “alinhamento” com potências mundiais ou regionais); **2.** o excesso de mudanças, próprio das sociedades secularizadas, que dificulta a manutenção de princípios fixos a partir dos quais se possa estabelecer o núcleo de sentido e integração social essencial às democracias; **3.** a vulnerabilidade do sistema democrático, ante a fragmentação do poder entre os grupos de influência; e **4.** o paradoxo tecnocrático, que opõe o primado do controle e da soberania popular à necessidade de que as decisões estratégicas, nas sociedades avançadas, sejam tomadas por quadros especializados, operando conhecimentos inacessíveis às massas (cf. Bobbio, *Teoria Geral da Política*, pp.382-384). Como se vê, os perigos de GERMANI estão todos associados a características próprias da pós-modernidade, como a *pluricentralidade*, a *desreferencialização*, a *incerteza* e a *fragmentação*. Aqui, porém, estamos com FUKUYAMA: as democracias saberão adaptar-se aos seus novos contextos socioculturais, ainda que isso signifique aderir a novos formatos de representação. Mais recentemente, o autor indicou os possíveis caminhos para essa “*adaptação*”, em novo escrito que, a seu modo, reconhece afinal a “*continuidade*” da História (cf. Francis Fukuyama, “*The Future of History: Can liberal democracy survive the decline of the middle class?*”, in *Foreign Affairs*, New York, Council on Foreign Relations, jan./fev. 2012. v. 91, n. 01, *passim*).

¹¹⁰¹ Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p.373.

¹¹⁰² Assim, p.ex., com AFONSO ARINOS: “[...] *não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a idéia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito*” (Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. I, p.188).

¹¹⁰³ FUKUYAMA sugere a irracionalidade da “*superioridade ontológica*” da pessoa humana (e, por via de consequência, o dogmatismo dessa premissa), valendo-se de interessante provocação: “*A paixão igualitária, que nega a existência de diferenças significativas entre os seres humanos, pode aplicar-se, por extensão, à negação de diferenças significativas entre o homem e os animais superiores. O movimento para os direitos dos animais argumenta que os macacos, os ratos e as zibelinas têm uma capacidade de sofrimento igual à do ser humano, enquanto os golfinhos parecem possuir formas de inteligência mais elevadas; assim, porque é ilegal matar seres humanos, mas não essas criaturas? [...] Resumindo, porque deve o homem ter mais dignidade do que qualquer outra parte do mundo natural, desde a rocha mais humilde à estrela mais distante? Porque é que os insectos, as bactérias, os parasitas intestinais e os vírus HIV não têm direitos iguais aos dos seres humanos? [...] Se não há uma base racional para afirmar que os seres humanos possuem uma dignidade*

cariz *liberal*. O respeito àquela dignidade pressupõe, por sua vez, admitir a existência de *limites intransigíveis* para a indenidade da pessoa humana, nas suas mais diversas manifestações relacionais (como “*homo liberis*”, como “*homo politicus*”, como “*homo oeconomicus*”, como “*homo social*”, etc.).

Com BOBBIO, equaciona-se mais claramente a conectividade indissociável entre a democracia moderna e a consagração dos direitos e das garantias fundamentais. Para o filósofo italiano, o Estado liberal não foi somente a condição histórica, senão também a *condição jurídica* para a existência do Estado democrático moderno. Desse modo, Estado liberal e Estado democrático seriam interdependentes de duas maneiras distintas: **(a)** pela linha que vai do liberalismo à democracia, “*no sentido de que são necessárias certas liberdades para o correto exercício do poder democrático*” (ideia que se preservaria indelevelmente, nas democracias ocidentais, mesmo com o advento do Estado Social); **(b)** pela linha oposta, que vai da democracia ao liberalismo, “*no sentido de que é indispensável o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais*”. O que permite asseverar, a uma, que a absoluta perda das referências liberais — como a própria têmpera individualista — provavelmente implicaria em disfuncionalidades no sistema democrático; e, a duas, que um Estado não democrático seguramente não é capaz de garantir, com perpetuidade, os direitos e as liberdades fundamentais. Aliás, a História bem o demonstra: afinal, “*o Estado liberal e o Estado democrático, quando caem, caem juntos*”¹¹⁰⁴.

HÄBERLE vai ainda além, divisando nos direitos fundamentais o verdadeiro *fundamento funcional* da Democracia. Se não se garantem direitos fundamentais, a minoria jamais terá qualquer possibilidade de se converter em maioria. De outra parte, o direito de sufrágio e de voto pressupõe direitos fundamentais como a liberdade de consciência, de opinião, de reunião e de associação. Os indivíduos nas suas comunidades,

superior à da natureza, também não há uma base racional par afirmar que uma parte da natureza, como as focas bebês, possuem maior dignidade que outra parte, como os vírus HIV” (O Fim..., pp.288-289) .

¹¹⁰⁴ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp.26-27. A referência final parece ter em conta não apenas o liberalismo político, mas também o liberalismo econômico, cujos fundamentos principais — como a livre iniciativa e o livre mercado — sucumbiram juntamente com as liberdades públicas nos países que adotaram o chamado “socialismo real” após o fim da Segunda Guerra Mundial.

assim como os cidadãos na democracia de fundo liberal, estão todos indelevelmente concatenados entre si por seus direitos fundamentais. Daí porque, no feliz lampejo de RUDOLF SMEND (evocado por HÄBERLE), os direitos fundamentais não podem mais ser vistos como “reservas” que separam o indivíduo do Estado; ao contrário, constituem verdadeira “relação copulativa” dos indivíduos com o próprio Estado¹¹⁰⁵.

Entretanto, o exercício da “democracia real” trouxe fartas demonstrações de que os direitos e as liberdades individuais por vezes têm de ceder a outros interesses (públicos, comunitários ou inclusive privados¹¹⁰⁶), tanto no plano jurídico-abstrato da lei como no plano jurídico-concreto da jurisdição. E nem mesmo poderia ser diferente, porque tais direitos e liberdades

“são garantidos não só em favor do indivíduo, senão que cumprem também uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia, disso deriva que a garantia e o exercício de direitos fundamentais estão caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e individuais”¹¹⁰⁷.

Daí, aliás, terem *dupla natureza*: os direitos fundamentais (de primeira geração) tanto são direitos individuais (i.e., direitos públicos subjetivos ou “direitos da pessoa”),

¹¹⁰⁵ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, trad. Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dikynson, 2003, pp.20-23.

¹¹⁰⁶ Häberle, *La garantía...*, pp.25-31. *In verbis*: “Conforme a la opinión dominante, la ‘restricción’ a los derechos fundamentales, la ‘intervención’ en las libertades y la limitación a tales derechos [...] se legitiman exclusivamente a partir de intereses públicos y comunitarios. En realidad, no llevan razón. [...] Por ejemplo, con relación al internamiento forzoso de los enfermos mentales, se trata de una medida de asistencia social. No se trata de la protección de la colectividad, sino también, en gran medida, de la protección del propio enfermo. Su vida y su integridad física deben ser garantizadas. Se muestra también aquí que **las limitaciones a los derechos fundamentales pretenden la protección tanto de intereses públicos como ‘privados’**” (g.n.). Aliás, limitações a direitos fundamentais em razão do “interesse público” são conhecidas desde Sir COKE, ao interpretar a “*due process clause*” da *Magna Charta* no caso da prerrogativa real sobre o salitre (para o fabrico de pólvora e a defesa do reino). Em suas “*headnotes*”, COKE registrou que “*Although the King cannot take the trees of the subject growing upon his freehold and inheritance, nor gravel in the inheritance of his subject, yet he may dig for saltpeter and take it. [...] By this common law every man may come upon his neighbor’s land for the defence of the realm, and every man may make bulwarks and trenches upon another land for defence of the realm; so, for saving a city or town, a house shall be pulled down if the next be on fire; and so also the suburbs of a city in time of war may be pulled down for the common safety. [...] The taking of saltpeter is a purveyance of it for the making of gunpowder for the necessary defence and safety of the realm; and therefore is inseparably annexed to the Crown, and cannot be granted over. The King’s servants cannot undermine or impair any walls or foundation of any houses of any nature; nor can they dig in the floor of the mansion-house for saltpeter; nor can they dig in the floor of any barn for the custody of corn, hay, &c.; but they may dig in the floors of stables and ox-houses, &c.*” (cf. Strong, *Substantive due process...*, p.15 — g.n.).

¹¹⁰⁷ Häberle, *La garantía...*, p.23.

como também têm uma inapelável dimensão institucional, que carece de valoração autônoma e por vezes se manifesta explicitamente no texto constitucional (*e.g.*, artigos 5º, 1 e 3, 6º, 1 e 14, 1, da GG; artigos 5º, XXIII, 218 e 226¹¹⁰⁸)¹¹⁰⁹.

Nos EUA, essa necessidade de ponderação foi particularmente sentida na transição para o paradigma do “*Welfare State*” ou Estado-providência (com reflexos na própria aplicação da “*due process clause*” pela *U. S. Supreme Court*, como visto no tópico 10.1.5.3). O nascimento de sociedades pluralistas (*supra*, tópico 11.1) também contribuiu para erodir a hipótese do indivíduo soberano sob contrato social com seus iguais, ante a interferência cada vez mais explícita e determinante de “corpos intermediários” na dinâmica política da sociedade, como os partidos políticos, as grandes organizações econômicas, os sindicatos, as associações, etc. Assim, o modelo ideal da sociedade democrática segundo os liberais oitocentistas, que era o de uma sociedade *centrípetas* (concentrada na figura do indivíduo), deu lugar a uma sociedade *centrífuga*, que não tem apenas um centro de poder (que seria, pela tese contratual rousseauiana, a “*volonté générale*”¹¹¹⁰), mas inúmeros deles, resultando em uma sociedade policêntrica ou poliárquica¹¹¹¹.

Entretanto, se a própria identidade democrática do Estado exigia o reconhecimento ético da dignidade superior do ser humano e a consequente garantia de seus direitos e liberdades; mas, por outro lado, se tais direitos e liberdades poderiam ser relativizados em função de outras necessidades, que transcendiam a própria individualidade e poderiam estar ancoradas, *p.ex.*, no interesse público (*e.g.*, a segurança viária) ou no interesse social (*e.g.*, a proibição de contratar horas normais de trabalho acima de certo limite diário), a pergunta natural deslocou-se da *condição* — que já estava pacificamente posta — para os *limites*: na colisão com outros direitos ou interesses (de outros indivíduos, de grupos, da sociedade

¹¹⁰⁸ Respectivamente, no caso alemão, imprensa (liberdade de); arte, ciência, pesquisa e ensino (liberdade de); matrimônio e família (proteção do(a)); propriedade e herança (direito de); no caso brasileiro, propriedade (direito e função social); ciência, pesquisa e capacitação tecnológica (promoção da); família (proteção da). O mesmo se verificará na grande maioria das Constituições (na CRP, *p.ex.*, artigos 34º, 1, 36º, 7, 67º, 1, etc.).

¹¹⁰⁹ Häberle, *La garantía...*, pp.73-74.

¹¹¹⁰ Cf. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, ed. Sálvio M. Soares, [s.l.], Metalibri, 2008, v1.0s, *passim* (especialmente *Livre I, Chapitres VI e VII*, e *Livre II, Chapitre III*). Disponível em http://www.biblio.org/ml/libri/r/RousseauJJ_ContratSocial_s.pdf (acesso em 28.01.2010).

¹¹¹¹ Bobbio, *El futuro...*, pp.27-30.

como um todo), qual era a medida do “*intransigível*” e do “*irredutível*”? E, mais, a *quem* caberia dizê-lo?

III. A segunda pergunta, respondemo-la aqui. E a resposta arranca da seguinte premissa: uma sociedade democrática, em acepção moderna, não se exaure nos sufrágios eleitorais periódicos¹¹¹². Calha bem, a propósito, a crítica de SCHUMPETER¹¹¹³ (sem que isso signifique acatamento, mas apenas esforço reflexivo): as democracias políticas geralmente servem à conservação do “*status quo*” em vigor, porque o povo — de novo ele — é em geral incapaz de definir racionalmente os seus reais interesses, i.e., tem dificuldades para conjugar *razão* e *interesse*. Há, pois, necessidade de outras garantias, para além do sufrágio universal, algumas das quais não podem sequer se condicionar ao beneplácito das maiorias. A salvaguarda dos direitos humanos fundamentais — ainda quando o “povo” consinta em sacrificá-los¹¹¹⁴ — está entre tais garantias. Eis aí, portanto, a **missão fundamental** das instituições judiciárias nas atuais democracias (ainda que nem sempre se entenda assim, mormente em visões economicistas¹¹¹⁵): mais que preservar a

¹¹¹² Ou poderíamos afirmar, como JEAN-JACQUES ROUSSEAU a respeito dos ingleses (“*Du contract social*”, 1762), que a democracia se resumiria à liberdade de um dia a cada quatro ou cinco anos (i.e., quando se elegeriam os governos e os parlamentos). *In verbis*: “*Le peuple Anglais pense être libre, il se trompe fort; il ne l’est que durant l’élection des membres du parlement: sitôt qu’ils sont élus, il est esclave, il n’est rien*” (cf. Rousseau, *Du contrat social...*, Chapitre XV).

¹¹¹³ Joseph A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democracia*, trad. Sérgio Góes de Paula, Rio de Janeiro, Zahar, 1984, pp.313-375.

¹¹¹⁴ Veja-se o emblemático exemplo da Alemanha nazista: eleito democraticamente e nomeado chanceler alemão em janeiro de 1933, ADOLF HITLER implementou uma política deliberadamente antissemita a partir de 1934, contando com ampla aprovação popular (dados da época sugerem, em alguns períodos, popularidade superior a noventa por cento). De 1930 a 1932, o número de deputados do Partido Nacional Socialista alemão subiu de 170 para 230 cadeiras no *Reichstag*. E, no entanto, desde 1925 já se conhecia o discurso racista do próprio HITLER, com a primeira edição de “*Mein Kampf*”. Os jornais da época dão provas eloquentes da receptividade que as teses arianas tinham entre as populações, associando os mais diversos sentimentos de aversão à alteridade (antissemitismo, antiamericanismo, etc.). Em jornal popular da Pomerânia (costa sul do Mar Báltico) de meados da década de trinta, lia-se o seguinte: “*Mickey Mouse é o ideal mais lamentável de que se tem notícia. [...] As emoções sadias mostram a todo rapaz independente, todo jovem honrado, qqwvvue um ser imundo e pestilento, o maior portador de bactérias do reino animal, não pode ser o tipo ideal de animal. [...] Abaixo a brutalização do povo propagada pelos judeus! Abaixo Mickey Mouse! Usem a suástica!*” (cf. Art Spiegelman, *Maus: a história de um sobrevivente*, trad. Antonio de Macedo Soares, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, p.164). Para melhor compreensão dos processos sociológicos que levaram ao *totalitarismo* do Estado nazista (como hipótese política em que a ideologia do Estado alcança larga fluência entre a maioria dos seus cidadãos; ou, como dissera MUSSOLINI, “*tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato*” — v., *supra*, nota n. 738), v. ainda Hanna Arendt, *As Origens...*, *passim*; Karl Jaspers, *The question of german guilt*, trad. E. B. Ashton, 2nd ed., New York, Fordham University Press, 2001, *passim*.

¹¹¹⁵ Assim, p.ex., entre os técnicos do Banco Mundial, que sugeriram maior “previsibilidade dos julgados” aos países da América Latina e do Caribe (cf. Documento Técnico n. 319 — *supra*, notas n. 141 e 736).

ordem ou a paz social, toca-lhes sobretudo preservar a indenidade mínima dos direitos humanos fundamentais da pessoa humana — ou, no limite, reparar e punir a sua violação —, mesmo quando o “povo” bem prefira relativizá-los¹¹¹⁶. Porque, ao menos em termos kantianos, não haverá genuína democracia se a pessoa humana se subalternizar, no discurso oficial ou na prática institucional, a outros valores (como, outrora, o “*Volkgeist*” alemão) ou interesses (como, p.ex., o interesse econômico-financeiro das corporações).

No Brasil, essa percepção se externou recentemente com a *Resolução n. 70*, de 18.03.2009, do Conselho Nacional de Justiça. Ao traçar as linhas gerais para o planejamento estratégico do Poder Judiciário brasileiro (o que inclui a sua “*missão institucional*”), registrou, no artigo 1º, I, o seguinte:

“**Art. 1º.** Fica instituído o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, consolidado no Plano Estratégico Nacional constante do Anexo I desta Resolução, sintetizado nos seguintes componentes:

“**I** – Missão: realizar justiça.

“**II** – Visão: ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social [...]”.

Considerando-se que a “paz social” aparece, como terceiro elemento da “visão institucional”, em contraponto com a própria “justiça”, está claro que esses conceitos não foram equiparados. “Justiça”, portanto, está mesmo a significar a *função de tutela de direitos* (*supra*, tópico 10.4.1, n. III); e, porque a nota da *jusfundamentalidade* significa justamente “*a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material*”¹¹¹⁷, entenda-se que a função primordial dos juízes e tribunais é a de preservar *eminentemente* os direitos humanos fundamentais.

Muito mais explicitamente, lê-se em SARLET que

¹¹¹⁶ Para uma demonstração recente, basta lembrar que a Constituição brasileira proíbe a extradição de brasileiros natos (artigo 5º, LI, da CRFB); nada obstante, no ano de 2003, houve audível clamor público a favor da extradição do traficante brasileiro Fernandinho Beira-Mar (que é brasileiro nato), por tráfico internacional, aos Estados Unidos da América, à época aparentemente interessados na custódia do preso...

¹¹¹⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.354. A *jusfundamentalidade formal* refere-se à constitucionalização do direito, enquanto a *jusfundamentalidade material* diz respeito ao conteúdo de certo direito, “*decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade*”, ainda que não constitucionalizado (cf., e.g., artigo 16º, n. 1, da CRP).

“A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função [jurisdicional]. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que **definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte**. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficiência possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação de preceitos que não respeitem os direitos fundamentais”¹¹¹⁸.

Se é assim, a função jurisdicional não pode ser reduzida à “mimetização” da retórica e dos laivos de sentido dos parlamentos (ou mesmo dos governos). Caso o faça, o Poder Judiciário não estará cumprindo com sua missão mais elementar (ao menos nos Estados Democráticos de Direito), porque não conseguirá transcender a perspectiva do “*establishment*” para buscar a racionalidade dinâmica do ato comunicativo (que, nas sociedades pluralistas, não pode se limitar ao diálogo intrainstitucional, mas tem de se abrir à tessitura da realidade e a outros interlocutores sociais¹¹¹⁹). Nos Estados republicanos, dar a palavra final sobre a linha de *indenidade mínima* de certo direito humano fundamental — ou de um conjunto deles — é tarefa constitucional do *Judiciário*, de que não pode se despojar com meros adesismos.

O que nos devolve à primeira indagação do final do n. II, “*id est*”, à questão dos **mínimos** em sede de teoria geral dos direitos fundamentais. Logo, ao “*substantive due process*”. E, mais adiante, à própria ideia de tripartição de poderes na teoria republicana.

¹¹¹⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p.331 (g.n.).

¹¹¹⁹ De novo, JURGEN HABERMAS (*supra*, tópico 11.1). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem procurado implementar a construção dialógica de sua jurisprudência a partir de ***audiências públicas***, ocasiões em que os ministros ouvem especialistas da sociedade civil, sem quaisquer ligações com as partes (entre as quais amiúde está o Governo Federal ou as suas autarquias, representados pela Advocacia-Geral da União), sobre temas polêmicos que constituam o “*leit motiv*” de litígios sob a jurisdição da corte. Assim, por exemplo, entre 27 de abril e 7 de maio de 2009, o Excelso Pretório promoveu seis sessões de consultas públicas a especialistas da área de saúde, gestores estaduais e municipais e outros vários profissionais, todos chamados ao debate dos critérios que deveriam nortear o fornecimento de medicamentos e tratamentos gratuitos pelo SUS em casos de ações ganhas no Judiciário. O mesmo se fez quando o STF discutiu a possibilidade de realização de experiências laboratoriais com células-tronco embrionárias, liberando-as ao final (ADI n. 3510/DF); e há pouco, ao ensejo da ADPF n. 186/DF e do Recurso Extraordinário n. 597.285/RS, fez-se consulta para a discussão da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (e.g., cotas para negros e índios nas universidades), com a presença de uma grande variedade de expositores, desde geneticistas e antropólogos até ativistas dos movimentos sociais (e.g., o “*Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito de Reserva de Quotas Sociais*”).

12.2. DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO E CONCRETIZAÇÃO DOS CONTEÚDOS JUSFUNDAMENTAIS

I. Quanto estudamos a “*due process clause*” como cláusula de garantia das liberdades, especialmente na terceira fase de sua evolução hermenêutica perante a *U.S. Supreme Court* (*supra*, tópico 10.1.5.3), constatamos que, a partir de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), superou-se a perspectiva “econômica” da tutela constitucional *ex* “*due process clause*”, debelando-se o ativismo judicial de fundo ultraliberal e se estendendo paulatinamente aquela garantia de indenidade mínima para todo e qualquer direito fundamental consagrado na Constituição norte-americana (com certa ênfase nos “*noneconomic rights*”). “*Due process of law*” passava a denotar, na jurisprudência norte-americana, *tutela constitucional substantiva de liberdades públicas*.

Conquanto tenha recebido pouca acolhida nos países europeus (à exceção, é claro, da própria Inglaterra¹¹²⁰ — v., *supra*, tópicos 10.4.2 e 10.4.3, n. V), o “*substantive due process*” teve grande impacto nos EUA, espreado-se por toda a doutrina estadunidense e, a partir daí, para outros países do continente americano. A maturidade histórica (*West Coast Hotel Co. v. Parrish* tem mais de setenta anos) e a diversidade cultural obviamente contribuíram para o seu enriquecimento conceitual e operacional. Ganhou assim grande amplitude, chegando a países latino-americanos (a exemplo do Brasil), como anota NERY JR.¹¹²¹:

“Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela aqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. [...] E foi neste sentido genérico, amplo, que a locução vem expressamente adotada na CF de 1988 (art. 5º, n. LIV), que fala em proteção da liberdade e dos bens, com nítida inspiração nas Emendas 5ª e 14ª à Constituição dos Estados Unidos”.

¹¹²⁰ Sobre a evolução do “*due process of law*” na Inglaterra, v., por todos, Lord Denning, *The Due Process of Law*, London, Lexis Nexis Butter Worths, 1980, *passim* — explorando inclusive a *dimensão substantiva* do princípio (e.g., pp.235-240).

¹¹²¹ Nery Jr., *Princípios...*, pp.63-65.

E arremata:

“O prestígio do direito constitucional norte-americano tem como sua causa maior a interpretação da cláusula *due process* pela Suprema Corte. O tribunal não só vem interpretando o princípio de modo a fazer valer o que o espírito do constituinte pretendeu quando adotou a regra, como também a fazê-lo de **forma analítica**, ‘declarando’ que a corte decidiria dessa ou daquela maneira, se o problema fosse equacionado de outro modo. [...] Isto quer dizer, em outras palavras, que a corte ordinariamente vem interpretando a cláusula *due process* de sorte a **solucionar o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento** ao mesmo tempo que **fixa regras e padrões para casos semelhantes futuros**” (g.n.).

Com efeito, em matéria de *liberdades*, a *U.S. Supreme Court* recolheu sob a “*due process clause*” a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, a liberdade de religião e até mesmo o direito à intimidade e à vida privada (“*privacy*” — *supra*, tópico 10.1.5.3), como, *e.g.*, para invalidar lei da Virgínia que proibia casamentos entre pessoas de raça diversa (“*antimiscegenation law*”), ou a lei de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos entre pessoas casadas (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965 — *supra*), ou, ainda, a lei estadual de Massachusetts que, ao contrário, proibia distribuição de contraceptivos para pessoas *não casadas* (tratava-se da “*Crimes Against Chastity Law*”, em seu *Chapter 272*, derrubada em *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972).

Na mesma ensancha, a cláusula do “*due process*” tem servido para tutelar liberdades menos específicas, como o direito de livre aprendizagem. Em *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), a *U.S. Supreme Court* assegurou a ROBERT T. MEYER o direito de instituir em sua escola aulas de alemão, que haviam sido proibidas — como todos os demais idiomas estrangeiros, tanto nas escolas públicas como nas particulares — no ano 1919 (“*An act relating to the teaching of foreign languages in the state of Nebraska*”). Em sentido semelhante, tutelando a liberdade dos pais e a propriedade dos donos de escolas pela via do “*substantive due process*”, a *U.S. Supreme Court* também invalidou, por irrazoável, lei do Oregon (“*The Compulsory Education Act*”) que determinou, no ano de

1922, a matrícula obrigatória de todas as crianças “normais”¹¹²² entre oito e dezesseis anos nas escolas públicas, proibindo as escolas particulares e paroquiais de aceitá-las (v. *Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510, 1925 — citado inclusive como precedente em *Ron v. Wade*).

Mais recentemente, os próprios limites do *poder de polícia* da Administração têm sido derivados da “*due process clause*”, tanto no marco da jurisdição como no âmbito do próprio controle administrativo da legalidade e da legitimidade dos atos de império¹¹²³. A *U.S. Supreme Court* dela já extraiu, outrossim, direitos, liberdades e garantias tão díspares como as seguintes: liberdade de contratar (v. *supra* o tópico 10.1.5.2, sobre a “*era Lochner*”); garantia do direito adquirido (“*vested rights doctrine*”); irretroatividade da lei penal (v. *Calder v. Bull*, *supra*); garantias do comércio exterior e interestadual, sob exclusivo regramento da União (“*commerce clauses*” — artigo 1º, seção 8º, n. III, da *U.S. Constitution*); a proibição de preconceitos raciais (“*equal protection*” — v. *Buchanan v. Warley*, *supra*); os princípios fiscais da legalidade, da anualidade e da incidência única (“*non bis in idem*” tributário); e, sobretudo, a *salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão*¹¹²⁴.

¹¹²² Na verdade, havia uma série de exceções à regra da matrícula obrigatória em escolas públicas: crianças mental ou fisicamente deficientes, crianças que vivessem além de certa distância da escola pública mais próxima, crianças matriculadas em escolas particulares reconhecidas pelo Estado, etc. Nada obstante, escandaliza sobretudo a primeira, pelo seu elevado teor discriminatório. *In verbis*: “*Under the doctrine of Meyer v. Nebraska, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. [...] The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instructions from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations*” (g.n.). A intenção inconfessa da lei, na verdade, era eliminar as escolas paroquiais, em especial as católicas (cf. Jean Paul R. Howard, “*Cross-Border Reflections: Parents’ Rights to Direct Their Children’s Education under the U.S. and Canadian Constitutions*”, in *Education Canada*, 2001, v. 41, n. 2, pp.36-37, disponível em <http://www.shibleyrighton.com/pdf/Howard/CEAArticleApril2001.pdf>, acesso em 28.01.2011).

¹¹²³ Cf., por todos (e para ambas as dimensões, substancial e procedimental), Vera Scarpinella Bueno, “*Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano*”, in *Devido Processo Legal na Administração Pública*, Lucia Valle Figueiredo (coord.), São Paulo, Max Limonad, 2001, pp.13-79; também, na mesma coletânea, Rafael Munhoz de Melo, “*Sanção administrativa e princípio da legalidade*”, pp. 143-185 (no aspecto da legalidade corolária do “*due process*” substantivo). V. ainda Nery Jr., *Princípios...*, p.67.

¹¹²⁴ Cf. Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, pp.330 e ss.

Segundo NERY JR., do “*substantive due process*” promanam efeitos de imperatividade sobre o Poder Legislativo, obrigando-o a produzir leis que satisfaçam o interesse público e que sejam razoáveis (*princípio da razoabilidade das leis*): “*toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a law of the land, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário*”¹¹²⁵.

Mas qual seria, afinal, o *padrão constitucional da razoabilidade* (se é que existe algum)? Até que ponto uma lei federal ou estadual poderia restringir direitos humanos fundamentais para favorecer interesses ou necessidades próprias das sociedades democráticas pluralistas (*supra*, tópico 12.1, n. II)?

A resposta a essa pergunta permite uma interessante aproximação. Se o conceito vigente de “*substantive due process*” traduz uma *garantia material-constitucional de indenidade mínima de direitos e liberdades fundamentais*, percebe-se à partida uma coincidência de sentido com a ideia de *núcleo essencial irreduzível* da Lei Fundamental alemã, já esgrimida alhures (*supra*, nota n. 939). Sendo ambas — “*due process of law*” e “*Wesensgehalt*” — expressões carregadas de sentido endógeno-cultural, como se comunicam? Podem ser comparadas? Vejamos.

II. Da Constituição alemã — artigo 19, 2 — e da respectiva doutrina constitucional extraem-se as *teorias de conteúdo essencial* (“*Wesensgehalt*”), que sozinhas já demandariam toda uma dissertação. Nesta altura, porém, importa dizer, sobre a questão da ductilidade¹¹²⁶ dos direitos humanos fundamentais, que a doutrina tem distinguido entre suas *limitações* (ou *restrições*) e suas *delimitações* (ou *configurações*). Por *delimitação* (RODRÍGUEZ-TOUBES MUNIZ¹¹²⁷) ou *configuração* (ALEXY¹¹²⁸) — a que parecem

¹¹²⁵ Nery Jr., *Princípios...*, pp.67-68.

¹¹²⁶ “**Dúctil.** [...] 2. que se pode estirar ou comprimir sem se romper ou quebrar; elástico, flexível, moldável” (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, disponível em <http://houaiss.uol.com.br>, acesso em 28.01.2011).

¹¹²⁷ Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, *Princípios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, pp.141-142.

¹¹²⁸ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp.300-307. A expressão alemã é “*Ausgestaltung*” (contraposta a “*Einschränkung*”, i.e., *restrição*). Doravante, diremos “*configuração*” e “*conformação*” como sinônimos perfeitos, com plena fungibilidade entre si.

corresponder, em HÄBERLE¹¹²⁹, os *limites imanentes* que se determinam de acordo com a “*totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores ao qual está submetido qualquer direito fundamental*” — se entende a identificação do âmbito protegido por certa norma jusfundamental e da natureza dessa proteção; “delimita-se”, pois, o que está protegido pela norma, extremando esse objeto daquelas situações que a norma não alcança, inclusive por intermédio de mediações legislativas (notadamente quando a Constituição o diz: *e.g.*, artigo 4º, 3, 2ª parte, da GG; artigo 5º, XIII, da CRFB). Já por *limitação* entende-se a restrição legítima ou ilegítima que se produz no conteúdo ou no exercício dos direitos fundamentais, por ação de elementos externos, reduzindo o âmbito de delimitação original. Na dicção de ALEXY, a tese que distingue mais claramente as *restrições* das *configurações* associa àquelas primeiras as normas que expressam deveres ou proibições (restringindo, por tais comandos, posições jusfundamentais), enquanto essas últimas (as *configurações*) estariam associadas a normas de competência (sendo, por exemplo, de tal natureza — i.e., “normas de competência configuradoras” — as regras gerais de Direito Civil que modulam as garantias constitucionais referentes ao matrimônio, à propriedade e ao direito de herança)¹¹³⁰. Sobretudo naquele campo — o das *limitações* — é que reside, afinal, a discussão em torno das colisões de direitos fundamentais e do próprio conteúdo essencial, que, nos termos da *Grundgesetz*, “*em nenhum caso poderá ser infringido*”. Logo, a garantia do conteúdo essencial se estabelece, no sistema alemão (e daí para a teoria constitucional de inúmeros países¹¹³¹), como *limitação às limitações*, ou *restrição às restrições* (“*Schrankenschränke*”) de direitos fundamentais¹¹³².

Compreende-se, nessa alheta, que a garantia do “*Wesensgehalt*” resguarda, em seu “núcleo duro” — ou no seu plexo de *indenidade mínima* (para utilizar a mesma expressão que temos empregado a respeito do “*substantive due process*”) —, todo o conjunto de direitos humanos fundamentais expressos e adscritos de uma determinada Constituição. Porque é natural que, em toda a sua extensão, esse conjunto encontre contingenciamentos gerais e especiais; afinal, seus conteúdos dimanam de normas de direitos fundamentais, que

¹¹²⁹ Häberle, *Garantía...*, pp.51-52.

¹¹³⁰ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.302-303.

¹¹³¹ Ora com positividade constitucional (como no caso português, *ut* artigo 18º, 3, da CRP, ou no caso espanhol, *ut* artigo 53, 1, da CE), ora sem ela (como no caso brasileiro).

¹¹³² Robert Alexy, *Theorie...*, pp.267-272.

têm *natureza principiológica* (na verdade, natureza bifronte: são simultaneamente *normas-regras* e *normas-princípios*) e, por isso, não têm completude ou exaurimento sistêmico, sendo, antes, *mandados de otimização* (“*Optmierungsgebot*”)¹¹³³. Daí decorre não apenas as restrições e a própria restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios e interesses constitucionais colidentes, mas também a constatação de que *suas restrições e sua restringibilidade têm limites*. É que uma restrição só será constitucionalmente legítima se **(a)** aos princípios e interesses colidentes for atribuído peso maior que aquele atribuído à norma de direito fundamental em questão (o que chamaremos de *metalimite dialógico*, porque exigirá o diálogo com outras normas-princípios e com os respectivos contextos de realidade); e se **(b)** não agredir a “essência” do direito fundamental em oposição (o que chamaremos de *metalimite imanente*, vinculado à hipótese do artigo 19, 2, da GG e às teses construídas a partir dele e de normas constitucionais similares). São “metalimites”, uns e outros, porque se impõem, a um dado direito fundamental, *de fora para dentro*; e são “dialógicos” ou “imanentes”, na medida em que exigem ou não a construção por cotejo dialético (com outras normas e âmbitos normativos).

Quanto a esse último metalimite (o *imanente*), ALEXY observa que a aferição do conteúdo essencial deve ser sempre feita “*in concreto*”, considerando-se, em relação ao sujeito afetado, o *direito subjetivo* ameaçado e a sua circunstância, porque direitos individuais são primariamente posições individuais. Isso não significa — como veremos — que da garantia do “*Wesensgehalt*” não se possam derivar interpretações objetivas, extensíveis a todo e qualquer indivíduo em mesmas circunstâncias (tal como a vedação de restrições legais que limitem o exercício de um direito fundamental de modo a torná-lo afinal insignificante para todas as pessoas ou para a maior parte delas; assim, *e.g.*, uma lei que exigisse dos aspirantes à profissão médica trinta anos mínimos de estudos e estágios, na intenção de preservar os mercados, por longo tempo, para os atuais médicos). Não obstante, as *interpretações subjetivas* necessariamente devem ter lugar na aplicação da garantia do núcleo essencial (assim, para o artigo 19, 2, da GG, v. BVerfGE 6, 32 [41], BVerfGE 7, 377 [411], BVerfGE 15, 126 [144]¹¹³⁴, etc.).

¹¹³³ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.75-77 e 122-125. Voltaremos a isto *infra*, no § 24 °.

¹¹³⁴ Em BVerfGE 15, 126 e ss., o *Bundesverfassungsgericht* registrou que os poderes de regulação delegados ao Legislativo pelo artigo 134, 4, da GG (quanto à conversão das propriedades do *Reich* em propriedades

Por outro lado, ainda que aferida subjetiva e concretamente, a garantia da “*Wesensgehalt*” há de ser **absoluta** em algum sentido¹¹³⁵. Aqui, portanto, perfilhamos um ponto de vista **absoluto-subjetivo** (v., *infra*, tópico 15.2). E já daí divergimos de ALEXY, que — por entender que a garantia do conteúdo essencial é necessariamente subjetiva e relativa (i.e., depende sempre de um juízo concreto de ponderação e, ainda que excepcionalmente, pode ser reduzida a nada) — termina concluindo que

“a garantia do conteúdo essencial do artigo 19, 2, da Lei Fundamental não formula, em relação ao princípio da proporcionalidade, nenhuma restrição adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Mas, como é equivalente a uma parte do princípio da proporcionalidade, é uma razão a mais em favor da validade do princípio da proporcionalidade”¹¹³⁶.

federais) incluíam a possibilidade de regular o passivo do Império Alemão no pós-guerra, afetando posições subjetivas; e, mais, que a questão do conteúdo essencial do direito de propriedade (e outros) havia de ser analisada concretamente, mormente no caso em exame, em que se poderiam estabelecer na própria Lei Fundamental, originariamente, todas as restrições postas pela regulação legal do passivo do *Reich* (afinal, o seu objeto era historicamente anterior à própria *GG*). Ademais, as próprias condições concretas da Alemanha ao tempo daquela regulação haviam de ser observadas, garantindo os direitos subjetivos em causa, mas “*nos limites do possível*” (“*im Rahmen des Möglichen*”), ante as necessidades de saneamento que decorriam da falência do *III Reich* (“*Grundlegend ist die Notwendigkeit der Sanierung. Hierbei sind dem Regelungsgesetzgeber die Forderungen gegen das Reich als dem Grunde nach existent zur Berücksichtigung nach Maßgabe des Möglichen überwiesen*”). Esse julgado foi seguido depois, como paradigma, em *BVerfGE* 41, 126 e ss., quando se impugnou a constitucionalidade da “*Reparationsschädengesetz*” e da “*Lastenausgleichsgesetz*”, ambas da Alemanha do pós-guerra, que tratavam respectivamente de reparar e equalizar as perdas dos cidadãos alemães em razão de confiscos de ativos externos, expropriações e outras medidas tomadas pelas potências vitoriosas logo após o final da Segunda Guerra Mundial e a divisão da Alemanha em quatro zonas de ocupação militar (Conferência de Postdam). Alegava-se, entre outras coisas, que as fórmulas de compensação não eram completas ou sequer razoáveis, excluindo inclusive as pessoas jurídicas, o que comprometia o direito constitucional de propriedade (artigo 14 da *GG*). O *BVerfGE* entendeu, todavia, que a referida legislação não poderia ser examinada sob a ótica do artigo 14 da *GG*, por cuidar da superação de problemas extraordinários decorrentes de eventos históricos anteriores à própria fundação da República Federal da Alemanha. Além disso, ao examinar a legitimidade constitucional daquelas fórmulas, considerou detidamente as circunstâncias concretas das perdas, como a impossibilidade de se estabelecer matematicamente, para efeitos de comparação, quais os supostos proveitos do Estado alemão com aquelas expropriações e confiscos de bens privados (que reduziram a dívida do tesouro alemão) ou, ainda, quais os prejuízos indiretos sofridos pelo fato de a Alemanha ter sido temporariamente excluída dos mercados internacionais e de ter sofrido restrições em seu ciclo de importações.

¹¹³⁵ Observe-se, com BRAGE CAMAZANO, que “*no hay una correlación necesaria entre las teorías objetivas (que ponen el acento en la norma objetiva) y las absolutas, por un lado, y las subjetivas (que entienden que el contenido esencial se refiere al derecho subjetivo que la norma reconoce y no a esta última) y las relativas, por otro*” (Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p.236).

¹¹³⁶ Robert Alexy, *Theorie...*, p.272. No mesmo sentido, cf. Theodor Maunz, Gunther Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, *Grundgesetz: Kommentar zum Grundgesetz*, Munich, C. H. Beck, 1985, ns. 16 e ss.; também Häberle, *La garantía...*, p.58-67. Em HÄBERLE: “*Corresponde al contenido esencial de los derechos fundamentales (se corresponde con su ‘telos’) que son delimitados frente a los bienes jurídicos de igual o superior valor, esto es, a través de los límites immanentes que protegen el contenido esencial, conforme al*

Com todas as vênias, essa inteligência rende ensejo a interpretações concretas capazes de *subtrair a própria literalidade* do artigo 19, 2, da GG — o que termina por *sacrificar* uma das regras basilares da interpretação constitucional, que é a da **função negativa do texto**¹¹³⁷. É da lógica mais cartesiana que, se em algum quadro concreto-factual (ainda que excepcional) um certo direito fundamental pode ser reduzido a nada, então a essência de um direito fundamental *poderia* — ao menos nesses casos residuais — ser trespassada. A ser assim, a norma do artigo 19, 2, da GG se confundiria com o próprio princípio da proporcionalidade, o que não é defensável¹¹³⁸; e — mais grave ainda — seria a rigor inútil^{1139, 1140}.

principio de la ponderación de bienes. Los límites immanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cercan a este. [...] También en esta formulación encuentra adecuada expresión la relación interna, sustancial, en que los derechos fundamentales se encuentran respecto del conjunto de la Constitución y de los concretos bienes jurídicos-constitucionales — éstos están incluidos en la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores. Tiene la ventaja, frente a una fórmula como la de que no pertenece desde el principio al contenido esencial de los derechos fundamentales el que otros bienes jurídicos puedan ser lesionados, de que estos bienes jurídicos no son aislados del contenido esencial. **Esta fórmula deja claro que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es una medida que hay de deducir ‘en sí’ e independientemente del conjunto de la Constitución y de los bienes jurídicos reconocidos junto a tales derechos — lo que descuida la teoría ‘absoluta’ del contenido esencial — y que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites admisibles del mismo constituyen una unidad**” (g.n.). Divergimos de todos esses entendimentos, como a seguir diremos.

¹¹³⁷ Como obtempera CANOTILHO, “o recurso ao **texto** constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos enunciados linguísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: [...] (2) a formulação linguística da norma constitui o limite externo para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto)”. O que significa que “só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.1143 e 1146).

¹¹³⁸ Assere BLECKMANN, com razão, que hoje ninguém mais sustenta a identificação da garantia de conteúdo essencial com o princípio da proporcionalidade dos primeiros tempos do *BverfG*; e isso porque o conceito do artigo 19, 2, da GG tenciona justamente descrever um âmbito em que o *poder público* (i.e., o Poder Legislativo ou quaisquer outros no exercício da função legislativa) *não pode penetrar em hipótese alguma*. Inconfundíveis, pois, como sustentamos no texto principal. Cf. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II: Die Grundrechte*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1997, p.464. Entre os autores alemães, a proporcionalidade é geralmente derivada do artigo 2º, 1, da GG.

¹¹³⁹ Como aliás afirma textualmente o espanhol BRAGE CAMAZANO, secundando HÄBERLE, ao observar que “la garantía del contenido esencial tiene un valor meramente retórico hoy en día en la práctica, sin perjuicio de su significación como señal de advertencia de que el equilibrio y la concordancia práctica también tienen sus límites” (*Los límites...*, p.239).

¹¹⁴⁰ Perceba-se que a análise se põe no nível da *produção legislativa*, não no nível dos conflitos humanos concretos. Nesse último nível (conflitos humanos concretos), um ser humano pode inclusive *ceifar a vida* de outro, em condições de legítima defesa; mas não é a lei que o diz “*in abstracto*”, e sim as circunstâncias concretas, à vista da **solução de configuração legislativa** que é dada para o caso (no Brasil, por força do artigo 25 do CP). Não estamos, pois, na categoria das *restrições*, mas das *configurações*. Diversa seria, para parte da doutrina, a solução da Constituição espanhola de 1978 (*ex* artigo 53, 1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, **que en todo caso deberá respetar su contenido esencial**, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, ‘a’” [g.n.]). Segundo

Ademais, há inapeláveis indícios dessa autonomização conceitual até mesmo no plano protopositivo europeu: o artigo II-112º, 1, da malsucedida Constituição europeia — que o Tratado de Lisboa substituiria em 2007 — pretendeu claramente *distinguir* entre os dois conceitos, apresentando a proporcionalidade como uma garantia *diversa* da indenidade dos conteúdos essenciais dos direitos humanos fundamentais e *adicional* a ela (v., *infra*, tópico 14.1). Com efeito, a norma assegurava, na sua primeira parte, a *estrita legalidade* das restrições e o *respeito ao conteúdo essencial* dos direitos e liberdades fundamentais; já na segunda parte, estabelecia que, *atendidos esses limites* (ou se trataria de texto redundante), qualquer restrição, para ser legítima, haveria de observar o princípio da proporcionalidade (i.e., haveriam de ser medidas necessárias e que correspondessem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União Europeia ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros).

Melhor seguir, portanto, com MARTÍNEZ-PUJALTE, para quem o núcleo essencial dos direitos fundamentais poderia ser inferido do sistema constitucional como *unidade substancial autônoma* (“*substantieller Wesenskern*”), estando a salvo de disposições legislativas independentemente de quaisquer ponderações concretas de direitos e interesses. Noutras palavras, para a determinação do “*Wesensgehalt*” não seria necessário “*efetuar ponderação alguma de bens, nem entender como parte de seu conteúdo essencial outros bens jurídicos que supostamente se revistam de nível igual ou superior e por consequência limitem esse conteúdo*”¹¹⁴¹. Assim, cada um dos direitos humanos fundamentais possuiria um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal, insuscetível de limitação ou sequer de regulação restritiva por parte do legislador (o que

MARTÍNEZ-PUJALTE, “*mientras que el precepto alemán se encuentra en el contexto de una disposición referida a limitaciones legislativas de los derechos, [...] no es ese el caso entre nosotros, pues el art. 53,1 CE no habla de limitar, sino de regular el ejercicio, matos ése al que ya se ha hecho referencia de modo reiterado. En segundo lugar, mientras que el precepto alemán establece una prohibición de afectar al contenido esencial [...], lo que proporciona una base para interpretar el contenido como barrera a la actuación del legislador, nuestra Constitución formula la garantía no en términos negativos sino positivos, al establecer una obligación de respeto al contenido esencial, lo que sin duda tiene un alcance más amplio que la mera prohibición de no afectación*” (Antonio-Luis Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1997, p.21). Com a devida vênia, não vislumbramos tal diferença: num caso ou noutro, a “*Wesensgehaltgarantie*” refere-se à *lei* (i.e., ao Poder Legislativo) — como, aliás, a própria “*due process clause*”, desde a sua origem histórica, em 1037 ou em 1215 —, seja ela considerada *em particular* (i.e., “*si et quando*”) a *Constituição autorizar a restrição legal*, como no artigo 19 da GG) ou *genericamente* (como no caso espanhol).

¹¹⁴¹ Martínez-Pujalte, *La garantía...*, pp.22-23. Cf. também Gilmar Mendes *et al.*, *Curso...*, pp.316-317.

não significa que, *concretamente*, não possa ser relativizado em função da delimitação natural do direito em causa ou dos direitos e interesses que — agora assim — o pressionam externa e circunstancialmente¹¹⁴²).

E é com esse sentido que iremos preencher, doravante, a expressão “*substantive due process*”. Porque se a dimensão substantiva do devido processo consubstancia a tutela jusfundamental máxima do trinômio vida-liberdade-propriedade (como dito alhures), mas se o faz no marco da sua *irredutível indenidade* — precisamente porque esses direitos são extremamente dúcteis e sofrem limitações (= restrições) e delimitações (= configurações) —, então emerge certo que, para efeitos conceituais e hermenêuticos, ele se *confunde*, ao menos em parte, com a ideia concreto-absoluta de uma **garantia de conteúdo essencial** que se apresenta como limite *autônomo* e *adicional* às restrições de direitos fundamentais (sejam aqueles três ou quaisquer outros), paralelamente ao próprio princípio da proporcionalidade (de que nos ocuparemos *infra*, no §14º). Conclusão a que também chegou NUNES, nos estritos quadros do direito brasileiro, pontuando que

“a fundamentação jusfundamental adequada do exame e da proteção do conteúdo dos direitos fundamentais (que é sempre essencial) exige uma concepção estrita do suporte fático das normas jusfundamentais, sob a forma de delimitação do seu conteúdo, **delimitação que, na linguagem do Direito Brasileiro, traduz-se por adequação como relação de um juízo de devido processo legal substantivo sobre a atividade do legislador infraconstitucional**”¹¹⁴³.

¹¹⁴² Com efeito, para boa parte dos que perfilham a teoria absoluta, a garantia de conteúdo essencial *bastaria* à limitação das restrições aos direitos fundamentais, *dispensando-se* o próprio princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, NUNES (*O Princípio...*, pp.445-446): “Desse modo, um juízo de adequação posterior ao resultado da adequação concretizadora [i.e., da definição do “*Wesensgehalt*”] *mostra-se despidendo, nada acrescentando ao conteúdo essencial do direito fundamental já delimitado para o caso concreto*”, o que importaria em um entendimento que “*não assume a máxima da proporcionalidade com o mesmo entusiasmo com que esta tem sido vista pela doutrina constitucional brasileira*”. Para nós, ao revés, a **garantia de conteúdo essencial** serve à limitação dos poderes de limitação e delimitação de direitos fundamentais pelo legislador, mas não substitui o **princípio da proporcionalidade**, que amiúde será necessário na ponderação concreta de direitos fundamentais pelo Estado-juiz.

¹¹⁴³ Nunes Pereira, *O Princípio...*, p.442 (g.n.).

III. De outra alheta, deve-se compreender na dimensão substantiva da “*due process clause*” a própria **capacidade** (ou **registro**) **de aprendizagem** das normas constitucionais definidoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais. É que, tomando-se a Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*, admite-se — com CANOTILHO¹¹⁴⁴ — tratar-se de uma *estrutura dialógica*, “*traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”*”. Essa *capacidade de aprendizagem* diz com a própria historicidade das normas constitucionais, como também com os elementos extrassistemáticos suscetíveis de integração vertical (os pré-entendimentos e a sinépica — *supra*, tópico 5.1, XII), que guiam a cambialidade de valores como “verdade” e “justiça”.

Exemplos curiosos da ação desse vetor de historicidade/permeabilidade na interpretação/aplicação da “*due process clause*” encontramos, por exemplo, no “*case of the King’s prerogative in saltpetre*”, quando Sir COKE reconheceu, ante a força das circunstâncias, que, mesmo sob o cabresto da *Magna Charta Libertatum*, a Coroa mantinha a prerrogativa de procurar salitre em propriedades privadas — não em todo lugar (não poderia fazê-lo, p.ex., no assoalho das casas), mas em muitos deles (p.ex., nos estábulos e nos currais) — para fabricar pólvora e ir à guerra (v., *supra*, a nota n. 1106).

Mais recentemente, PERELMAN¹¹⁴⁵ citou o exemplo do Rei da Bélgica, que legislou monocraticamente durante a Primeira Guerra Mundial, estabelecido na cidade de Havre (Alta Normandia, França), em razão da invasão militar de seu país e da consequente impossibilidade de reunir a Câmara e o Senado. Assim procedendo, agiu formalmente contra o que ditava o artigo 26 da Constituição belga, pelo qual o poder de legislar deveria ser exercitado em conjunto pelo Rei, pela Câmara e pelo Senado. Ulteriormente, vários desses atos legislativos foram impugnados judicialmente, com base nos artigos 25, 26 e 130 da Constituição, como então vigente. Entretanto, a *Cour de cassation* belga terminou por

¹¹⁴⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1085.

¹¹⁴⁵ Chaïm Perelman, *Lógica jurídica e nova retórica*, trad. Vergínia J. Pupi, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp.104-107. V. também Marco Aurélio Marraffon, *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*, Florianópolis, Habitus, 2008, pp.123-125.

convalidar constitucionalmente todos aqueles atos, pontificando que o Direito há de ser aplicado tendo em conta não apenas os textos normativos, mas também *a necessidade imposta pelos acontecimentos*. PERELMAN¹¹⁴⁶ chega a descrever os “axiomas de direito público” lançados pelo procurador-geral belga TERLINDEN para sustentar a validade daquelas normas:

“I – A soberania da Bélgica jamais foi suspensa.

“II – Uma nação não pode dispensar um governo.

“III – Não há governo sem lei, isto é, sem poder legislativo.

“Vê-se imediatamente que desses axiomas vai decorrer a necessidade inelutável de que o Rei legisle sozinho, quando os dois outros ramos do poder legislativo estão impedidos de desempenhar sua função. [...] Impunha-se a solução da Corte de Cassação, se consideramos que todo o sistema de direito não constitui um conjunto de regras jurídicas, cujo sentido e cujo alcance são independentes do contexto político e social — como afirmava a teoria pura do direito de Hans Kelsen —, mas são subordinados a finalidades, em função das quais devem ser interpretados”.

Em ambos os casos, a garantia constitucional do devido processo substantivo, ao agir como fator de indenidade mínima de direitos fundamentais (o direito de propriedade no primeiro caso e a própria legalidade¹¹⁴⁷ no segundo caso), agregou à intelecção da norma jusfundamental, na aferição do conteúdo essencial irreduzível (“*Wesensgehalt*”), a sua *contextualidade histórica* e as correspondentes *pós-prospecções* (i.e., o “ponderar as consequências”), amoldando o conceito do “justo” à hipótese concreta. Nesse sentido, pode-se dizer que a “*due process clause*” mediou a *aprendizagem* das normas jusfundamentais concretamente limitadas, já que não repeliu atos legislativos de restrição à propriedade privada e a outros direitos que, sob diversas condições, tenderiam a ser rechaçados pela contrariedade à indenidade mínima do direito fundamental.

Aprendizagem, ademais, que se deve sempre fazer na perspectiva da **máxima efetividade**: ao se interpretar a lei pelas lentes do “*substantive due process*”, impõe-se que à norma constitucional em geral (e à norma jusfundamental em especial) atribua-se o

¹¹⁴⁶ Chaïm Perelman, *Lógica jurídica...*, p.107.

¹¹⁴⁷ Afetando subjetivamente, ao arrepio do processo legislativo constitucional de antanho, uma série de direitos humanos fundamentais de cidadãos belgas. Confira-se hoje, o artigo 74 da atual Constituição belga (a mesma de 1831, mas após inúmeras revisões).

sentido que maior eficácia lhe dê. E não há nessa afirmação qualquer contradição com as ideias anteriores, ligadas às teorias de garantia do conteúdo essencial. Com efeito, “*indenidade mínima*” e “*máxima efetividade*” não são ideias que se contrapõem, porque o primeiro conceito se refere às blindagens de conteúdo imanentes aos próprios direitos fundamentais, enquanto o segundo conceito atine à leitura hermenêutica das normas definidoras de direitos fundamentais, sobretudo nos quadros de colisão (i.e., quanto há ação restritiva de elementos exteriores). A rigor, portanto, não atuam nos mesmos planos ontológicos: a garantia de conteúdo essencial age de dentro para fora, com autonomia substancial (*supra*), enquanto o princípio da máxima efetividade atua externamente de fora para dentro, sendo especialmente útil quando se denotam colisões de interesses ou de direitos fundamentais, na linha da chamada *concordância prática* (HESSE¹¹⁴⁸): a interpretação ideal será aquela que permitir, a cada posição jusfundamental colidente, a máxima efetividade possível em regime de coexistência.

IV. Com tudo isso, pode-se afinal concluir que, ao interpretar a “*due process clause*” — como, no Brasil, a norma do artigo 5º, LIV, da CRFB, pela qual “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” —, o intérprete deve entender que

(a) ninguém será privado do conteúdo essencial de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes;

e, porque a “*due process clause*” serve justamente à limitação dos limites e das configurações (em todas as suas manifestações), deve ainda o intérprete entender que

(b) ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, sem a devida proporcionalidade;

¹¹⁴⁸ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1970, pp.28-29 e 132 e ss. (sobre o “*Prinzip praktischer Konkordanz*”). Voltaremos a isso no tópico 14.1.

e mais, em todo caso, que

(c) ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, *sem ter em conta a historicidade do (con)texto constitucional e os respectivos elementos extrassistemáticos relevantes* (ou, em resumo, a *capacidade de aprendizagem* das respectivas normas).

Tanto o princípio da proporcionalidade quanto a garantia de conteúdo essencial — sobretudo esta — são ideias de formulação predominantemente alemã, talhadas pela teoria constitucional tedesca do século passado e pela farta jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. Se não for sintomático, será ao menos irônico constatar que a garantia do “*substantive due process*” (i.e., dos julgamentos “*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*”), cuja origem histórica havíamos descoberto não ser anglo-saxônica, mas sálica (i.e., *germânica* — *supra*, tópico 8.1.1), hodiernamente ***volte a se reconhecer*** em conceitos teóricos de procedência germânica. De um modo ou outro, é o que propomos; e é o que nos guiará doravante.

Assim posto, passamos ao item seguinte: como considerar, na perspectiva das teorias republicadas clássicas, esse horizonte de possibilidades que se entreabre às magistraturas?

§ 13º. “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” E ESTADO REPUBLICANO

13.1. O DOGMA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES (DE MONTESQUIEU A NOSSOS DIAS)

I. CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, ou simplesmente barão de MONTESQUIEU, nasceu em *La Brède* em 18.01.1689. Político, filósofo e escritor

iluminista, tornou-se ácido crítico do clero¹¹⁴⁹ e da decadente monarquia francesa da primeira metade dos setecentos. Ingressou na magistratura francesa em 1714, por aquisição onerosa do título, presidindo o tribunal provincial de Bordeaux de 1716 a 1726. Entre seus escritos mais influentes estão “*Cartas Persas*” (1721), “*Considerações sobre as causas da grandeza dos romanos e de sua decadência*” (1734) e sobretudo “*O Espírito das Leis*” (“*De l’esprit des lois*”, 1748) — depois coadjuvado por “*Défense de l’Esprit de loix, à laquelle ou a joint quelques éclaircissemens*” (Genebra, Chez Barrilot & Fils, 1750) —, no qual desenvolveu sua conhecida *teoria da separação dos poderes*, que viria a ser acolhida, com alguns reparos, na grande maioria das constituições republicanas do século XX.

No entanto, MONTESQUIEU jamais foi um genuíno republicano. Antes, era um entusiasta das monarquias parlamentares (v. “*De l’esprit des lois*”, L. V, Cap. XI — sobre a “excelência” dos governos monárquicos).

II. “*De l’esprit des lois*” é editado pela primeira vez em 1748, na França, compendiando uma série de conceitos e teses a respeito das formas de governo, da autoridade política, das instituições e das leis do Estado. Inspirada pelo pensamento do filósofo inglês JOHN LOCKE, a principal obra de MONTESQUIEU influenciou fortemente os redatores da Constituição francesa de 1791 (*supra*, tópico 10.2) e chegou a ser proibida pela Igreja Católica romana, que a incluiu no “*Index Librorum Prohibitorum*” por certo período.

O livro é dividido em seis partes que totalizam trinta e um livros, cada qual com diversos capítulos. Assim, por exemplo, o Livro Primeiro, “*Das leis em geral*”, conta com três capítulos (o primeiro deles intitulado “*Da relação das leis com os diversos seres*”); o Livro Segundo, “*Das leis que derivam diretamente da natureza do governo*”, tem cinco capítulos (“*Da natureza dos três diferentes governos*”, “*Do governo republicano e das*

¹¹⁴⁹ Não, porém, sem um certo utilitarismo: no despotismo, que um clero temporalmente poderoso fosse o menor dos males, limitando os excessos do déspota. *In verbis*: “*Autant que le pouvoir du clergé est dangereux dans une république, autant est-il convenable dans une monarchie, surtout dans celles qui vont au despotisme. Où en seraient l’Espagne et le Portugal depuis la perte de leurs lois, sans ce pouvoir qui arrête seul la puissance arbitraire? Barrière toujours bonne, lorsqu’il n’y en a point d’autre: car, comme le despotisme cause à la nature humaine des maux effroyable, le mal même que le limite est un bien*” (*De l’esprit des lois*, Livre II, Chapitre IV).

leis relativas à democracia”, “*Das leis relativas à natureza da aristocracia*”, “*Das leis em relação à natureza do governo monárquico*” e “*Das leis em relação à natureza do Estado despótico*”); o Livro Terceiro, “*Dos princípios dos três tipos de governo*”, tem onze capítulos (o primeiro intitulado “*Diferença entre a natureza do governo e seu princípio*”); o Livro Quarto, “*De como as leis da educação devem ser em relação aos princípios do governo*”, tem oito capítulos (princiando pelo capítulo “*Das leis da educação*”); o Livro Quinto, “*De como as leis que o legislador decreta devem ser em relação aos princípios do governo*”, tem dezenove capítulos; o Livro Sexto, “*Consequências dos princípios dos diversos governos em relação à simplicidade das leis civis e criminais, à forma dos julgamentos e à aplicação das penas*”, conta com vinte e um capítulos; o Livro Sétimo, “*Consequências dos diferentes princípios dos três governos com respeito às leis suntuárias, ao luxo e à condição das mulheres*”, conta com dezessete capítulos; o Livro Oitavo, “*Da corrupção dos princípios dos três governos*”, tem vinte e um capítulos (sendo que os capítulos XVI e XVII tratam, respectivamente, das “propriedades distintivas” da República e da Monarquia); e assim sucessivamente.

A célebre doutrina da *separação de poderes* aparece a partir do Livro Décimo Primeiro, que trata “*das leis que estabelecem liberdade política, com respeito à Constituição*”. Seu Capítulo VI, ao tratar da Constituição da Inglaterra, refere expressamente os “três tipos de poder” existentes em cada Estado; e, adiante, o Capítulo XII cuida do “*governo dos reis de Roma, e de que maneira os três poderes foram lá distribuídos*”, sendo seguido pelos capítulos XIII a XIX, nos quais se busca demonstrar como a história política romana poderia ser explicada a partir das teses do Capítulo VI.

III. No Livro Primeiro, MONTESQUIEU define as leis como “*as relações necessárias que derivam da natureza das coisas*” (“*les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*”), de modo que todos os seres teriam as suas leis (a Divindade, o mundo material, as inteligências superiores, os homens e os animais). Não distinguia com clareza, portanto, entre leis naturais, sociais e jurídicas. À lei humana corresponderia a razão humana, com toda a sua especificidade; por isso, “*devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação*

pudesse servir para outra”. Daí se infere o que MONTESQUIEU pretendia significar ao referir o “espírito das leis”: as leis, para o iluminista francês,

“Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas” (L. I, Cap. III).

Assim, p.ex., quanto à edição de leis em conformidade com o *clima*, vejam-se os Livros Décimo Quarto a Décimo Sétimo. A própria *educação* dos cidadãos deveria, ademais, seguir essas mesmas conformidades, diferenciando-se no tempo e no espaço, de acordo com as geografias e as culturas (v. “*De l’esprit des lois*”, L. IV, Cap. I a V).

A partir das leis positivas de cada país se poderiam identificar três diversos tipos de governo: o monárquico (“*aquele em que só um governa, mas por meio de leis fixas e estabelecidas*” — logo, uma monarquia parlamentar), o despótico (em que também há um só a governar, mas “*sem lei e sem regra*”, tudo impondo “*por força de sua vontade e de seus caprichos*”) e o republicano (“*aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano*” — diferenciando, por esse critério, as democracias das aristocracias). Com efeito, MONTESQUIEU entendia que a “virtude na República” era o amor às leis e à pátria, que por sua vez se identificava com o “amor à igualdade” (ou seja, um *pátria de iguais* — conectando, em suas origens modernas, os conceitos de República e de Democracia¹¹⁵⁰): “*Este amor está singularmente ligado às*

¹¹⁵⁰ “*L’amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie; l’amour de la démocratie est celui de l’égalité*” (L. V, Cap. III). Em “*D l’esprit des lois*” (século XVII), ademais, tratou-se de uma “democracia” incrivelmente próxima do que seria o *comunismo utópico* do século XIX: “*Il ne suffit pas, dans une bonne démocratie, que les portions de terre soient égales; il faut qu’elles soient petites, comme chez les Romains. ‘À Dieu ne plaise’, disait Curius à ses soldats, ‘qu’un citoyen estime peu de terre, de qui est suffisant pour nourrir un homme’. [...] Comme l’égalité des fortunes entretient la frugalité, la frugalité maintient l’égalité des fortunes. Ces choses, quoique différentes, sont telles qu’elles ne peuvent subsister l’une*

democracias. Somente nelas, o governo é confiado a cada cidadão. Ora, o governo é como todas as coisas do mundo; para conservá-lo, é preciso amá-lo” (L. IV, Cap. V).

MONTESQUIEU compreendia, outrossim, que a *legalidade* estava também estritamente atrelada aos governos republicanos (inclusive em um certo sentido fetichista: “*le juge, la bouche de la loi*”). Isso porque “*plus le gouvernement approche de la republique, plus la manière de juger devient fixe*” (L. VI, Cap. III). Na Lacedemônia, os éforos julgavam arbitrariamente os seus cidadãos, assim como os primeiros cônsules em Roma; entretanto, esses últimos logo viram a bondade de “leis precisas” em face dos inconvenientes da justiça arbitrária. Nos governos despóticos, o juiz faria a sua própria regra de julgamento, sem leis predefinidas. Nos governos monárquicos, por sua vez, haveria uma lei, seguida literalmente quando precisa, ou segundo o seu “espírito” quando imprecisa. Nos governos republicanos, por fim, não haveria margens para interpretações (“*Il n’y a point de citoyen contre qui on pût interpréter une loi, quand il s’agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie*”): o juiz haveria de seguir rigorosamente os textos de lei, sem titubeios. Daí as diferentes formas de formar os julgamentos em cada forma de governo: nos governos despóticos, há a perigosa figura do magistrado único (não raro o próprio déspota); nos governos monárquicos, os juízes agem como árbitros, deliberando juntos, comunicando reciprocamente seus entendimentos e conformando suas opiniões; nos governos republicanos, ao revés, os juízes só acatam demandas precisas, sem nada aumentar, diminuir ou modificar (L. VI, Cap. IV). Deve-se ter em conta, porém, que MONTESQUIEU mirava o exemplo romano (e muito particularmente o período das “*legis actiones*” (*supra*, tópico 7.3.2); aqui, portanto, mais tencionara *descrever* que *predizer* como haveriam de se portar os juízes republicanos. Reconhecia, ademais, que os pretores mais tarde criaram mecanismos tendentes a “flexibilizar” esse rigor formal, estimulando a *função criativa da jurisprudência* (as “*iudicia bonae fidei*”, depois a “*aequitas*” — *supra*, tópico 7.4, n. 1.8).

sans l’autre; chacune d’elles est la cause et l’effet; si l’une se retire de la démocratie, l’autre la suit toujours” (L. V, Cap. VI — sobre a “frugalidade” que as leis devem manter nas democracias).

IV. Sobre a sua famosa *tripartição de poderes* (ideia que ARISTÓTELES já havia esgrimido dois mil anos antes¹¹⁵¹), MONTESQUIEU registrou existirem, em cada Estado, três tipos de poderes: o Poder Legislativo, o “poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes” e o “poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. No exercício do primeiro deles, seria dado ao príncipe ou magistrado criar leis por um tempo ou para sempre, assim como corrigir ou anular aquelas já feitas. No exercício do segundo, “*ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões*” (i.e., o Poder Executivo como hoje o conhecemos). E, com o terceiro, “*ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares*” (i.e., o Poder Judiciário¹¹⁵²).

Tais poderes não poderiam jamais se confundir: “*quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade*”; e isso porque “*se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente*” (L. XI, Cap. VI). Na mesma linha, tampouco existiria liberdade se o poder de julgar não fosse separado dos poderes legislativo e executivo. Investido no poder de legislar, o juiz se tornaria também um legislador e poderia exercer arbitrariamente, de acordo com os seus íntimos desígnios, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. Já se dotado de poderes executivos, o juiz poderia ter a força de um opressor. O autor ainda exemplificava: entre os turcos, onde os três poderes estavam reunidos na pessoa do sultão, grassava terrível despotismo.

MONTESQUIEU sugeriu, neste mesmo capítulo, que os príncipes poderiam urdir governos “moderados” (“*gouvernement modéré*” — “*moderação*” é um valor constante na obra) mesmo concentrando alguns poderes, valendo-se do exemplo de monarcas europeus

¹¹⁵¹ Aristóteles, *Politics: A Treatise on Government*, trad. William Ellis, London, J. M. Dent, 1912, *Chapter XIV* (disponível em Project Gutenberg, 05.06.2009, <http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm>, acesso em 31.01.2011). *In verbis*: “We will now proceed to make some general reflections upon the governments next in order, and also to consider each of them in particular; beginning with those principles which appertain to each: now there are three things in all states which a careful legislator ought well to consider, which are of great consequence to all, and which properly attended to the state must necessarily be happy; and according to the variation of which the one will differ from the other. **The first of these is the public assembly; the second the officers of the state**, that is, who they ought to be, and with what power they should be entrusted, and in what manner they should be appointed; **the third, the judicial department**”(g.n.).

¹¹⁵² “On appellera cette dernière la puissance de juger, et l’autre simplement la puissance executrices de l’État” (L. XI, Cap. VI).

setecentistas que, avocando os poderes legislativo e executivo, “*deixa[vam] a seus súditos o exercício do terceiro*” (porque os juízes vinham do povo ou da nobreza). Jamais cogitou, porém, da existência de um quarto poder, pelo qual o príncipe “calibrasse” a repartição de poderes entre outros vários órgãos¹¹⁵³.

Quanto ao poder de julgar, MONTESQUIEU manifestou sua inteira predileção por um corpo móvel de magistrados, a saber, “*peçoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer*”. Advogava, portanto, tribunais “*ad hoc*” constituídos aleatoriamente (e não por eleição, indicação ou concurso público)¹¹⁵⁴; e, nesse encaixo, militava *contra* a garantia do juiz natural, que ainda não estava articulada entre os franceses (tal se daria pouco menos de um século depois, com a *Charte constitutionnel* de 1830, como visto *supra* — nota n. 925). E, para mais, os tribunais não deveriam fazer mais que *repetir*, para o caso concreto, o texto da lei, evidenciando as razões da subsunção (o juiz como “*la bouche de la loi*”):

“Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. [...] Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence. [...] Mais

¹¹⁵³ Mas um efetivo “poder moderador” — jamais formulado por MONTESQUIEU, insistia-se — seria instituído quase um século depois, na Constituição brasileira de 1824 (v. artigos 10, 98 e 99, este último a dispor que “*a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”) — a primeira do país, outorgada após a Independência de 1822 — e também em Portugal, pela Carta Constitucional de 1826. Observe-se que, nessa tese oitocentista tributada a BENJAMIN CONSTANT, o Poder Moderador (ou “*pouvoir royal*”) sobrepunha-se a todos os demais (outros *quatro*, na visão do politólogo), detendo sobre eles verdadeira força coerciva. Havia de ser, na construção de CONSTANT, um poder pessoal e privativo dos monarcas, geralmente assessorados por um Conselho de Estado (como se deu no Brasil, sob o cetro de D. PEDRO I — antes D. PEDRO IV, de Portugal). Em plagas brasileiras, tal poder deu azo a uma profusão de atos autoritários do então imperador, até que finalmente se instalou no país o seu primeiro regime parlamentarista (1846), equilibrando melhor os poderes do Império. Com a Proclamação da República (1889), o Poder Moderador foi abolido no Brasil. Cf. Benjamin Constant, “*Principes de Politique*”, Paris, Hachette, 1997, *passim*.

¹¹⁵⁴ Aliás, foi-se ainda além: “*Il faut même que, dans les grandes accusations, le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges; ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre, que ceux que restent soient censés être de son choix*” (L. XI, Cap. VI — *g.n.*). Curiosamente, essa ideia logrou certo êxito no âmbito do processo penal: nos procedimentos de júri, em alguns países, o acusado — assim como o acusador — pode(m) recusar imotivadamente um certo número de jurados. V., no Brasil, o artigo 468 do CPP.

les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que **la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur**” (L. XI, Cap. VI — *g.n.*).

Era, afinal, a consagração doutrinal do modelo do **juiz liberal**, mero “enunciador da lei”, marcado com as tintas fortes da previsibilidade judicial. Retornaremos a esse tema logo a seguir (tópico 21.1).

MONTESQUIEU admitia, ademais, *três exceções* para o dogma da separação entre o Judiciário e o Legislativo, a saber: **(1)** no caso de julgamento dos “grandes” (“*les grands*”), que estão sujeitos à inveja do vulgo e, se julgados pelo povo, correriam o risco de não gozar sequer do privilégio que toca ao menor dos cidadãos (o de ser julgado por seus pares — “*iudicium parium suorum*” —, o que nos remete à “*due process clause*” sálica de 1037); **(2)** se a lei, “*ao mesmo tempo clarividente e cega*”, fosse rigorosa demais em certos casos (o que sugere a necessidade de “aprendizagem” e de ponderação concreta que acima associamos ao “*substantive due process*”; mas, para MONTESQUIEU, esse imperativo de adequação da lei no seu momento de interpretação/aplicação não poderia ser acometido às magistraturas “ordinárias”); e **(3)** se algum cidadão, no trato de negócios públicos, violasse os direitos do povo e cometesse crimes que os magistrados ordinários não soubessem ou não quisessem castigar. Em todos esses casos, o político francês propunha que o corpo parlamentar representante da nobreza (na Inglaterra, a *House of Lords*) funcionasse excepcionalmente como órgão julgador. Como veremos, algumas dessas exceções teriam positividade constitucional nos séculos subsequentes (*e.g.*, no Brasil artigos 85 e 86 da CRFB).

Já os dois outros poderes do Estado, segundo MONTESQUIEU, “*poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular*”. Nas democracias hodiernas, justamente aqueles cujas cúpulas se sujeitam periodicamente à renovação por escrutínio popular.

V. A doutrina da tripartição de poderes foi amplamente acolhida entre as repúblicas do nosso tempo. Como vimos acima, a própria DDHC registrou, em 1789 (artigo 16), que

“*toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*” (*supra*, tópico 10.2 — *g.n.*). Entre os federalistas norte-americanos, “*De l’esprit des lois*” chegou a ser considerado o grande oráculo universal sobre o tema da separação de poderes (MADISON¹¹⁵⁵).

Mas, como é óbvio, todo o rigor metódico de MONTESQUIEU não resistiu às complexas necessidades do Estado de Direito contemporâneo. A teoria conspirou com a realidade.

Nos EUA, a disposição e as funcionalidades dos órgãos de soberania (ou, numa única expressão, a “*separation of powers*”) inspiraram-se na experiência britânica e nas imensas tensões que por ali se estabeleceram entre o Parlamento e a Coroa no curso dos séculos (v., *supra*, o tópico 8.2). Sofreram, portanto, os influxos teóricos de JOHN LOCKE (com seu “*Second Treatise of Government*” — ou “*An Essay Concerning the True Origin, Extent and End of Civil Government*” —, onde também se houvera vislumbrado o fenómeno da divisão de poderes estatais) e sobretudo do próprio MONTESQUIEU. Ao tempo da Revolução Americana (*supra*, tópico 10.1.3), os líderes políticos aceitaram o conceito da separação de poderes com virtual unanimidade. Assim, muitas das constituições estaduais promulgadas à época (tópico 10.1.1) referiram expressamente o princípio, como p.ex., a *Constitution of Massachusetts* (1780). Entretanto, quando se redigiu a *U.S. Constitution*, teve-se já em perspectiva a necessidade de *adaptar* as lições de MONTESQUIEU às idiossincrasias estadunidenses do final dos setecentos (que discrepavam daquelas da França de 1748, tanto no aspecto temporal como nos aspectos geográfico e cultural). Assim, se houve pleno acolhimento à ideia da divisão dos poderes da República em três departamentos (Executivo, Legislativo e Judiciário), também houve a preocupação de não os compartimentalizar de modo “hermeticamente fechado” (“*no air tight compartmentalization*”), estabelecendo, ao revés, um sistema de interferências recíprocas (freios e contrapesos) que asseguraria a independência política de cada departamento e preveniria a acumulação de poderes em apenas um deles. Assim, p.ex., o

¹¹⁵⁵ Madison, Hamilton, Jay, *O Federalista*, p.394. Cf. ainda, *supra*, tópico 10.1.3; André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p.1136-1140.

Congresso aprova as leis, mas o Presidente pode vetá-la, e o Congresso pode depois derrubar esse veto (como se dá, ademais, no Brasil — artigo 66 da CRFB — e em Portugal — artigo 136º, 1 e 2, da CRP); no mesmo trilho, o Poder Judiciário é independente, mas o Presidente pode indicar juízes, que devem ser depois confirmados pelo Senado (no Brasil, da mesma forma, veja o artigo 101, par. único, da CRFB, quanto aos ministros do STF).

Nesse sentido, portanto, o “*check and balances system*” estadunidense na verdade *adversou* o conceito doutrinário de estrita separação de poderes, o que hoje não é tão evidente, mas consubstanciou uma opção clara e consciente nos tempos da Independência¹¹⁵⁶. Mais tarde, esse déficit de rigidez na separação dos poderes da República viria a ser fortemente corroborado, no âmbito da *U.S. Supreme Court*¹¹⁵⁷, pela compreensão dominante de que a tripartição de poderes antes seria uma *doutrina política* — sujeita, pois, à inconstância do pensamento político — que uma norma técnico-jurídica (“*a technical rule of law*”)¹¹⁵⁸. E tal seria, doravante, o modelo de repartição de poderes que prevaleceria no mundo ocidental durante todo o século XX: poderes autônomos, mas interdependentes e dispostos em sistemas de “*checks and balances*”. É o que hoje se encontrará, “*verbi gratia*”, tanto na Constituição portuguesa como na brasileira.

¹¹⁵⁶ Tanto que “*some opponents of the new Constitution charged that it did not sufficiently distinguish between the functions of each branch of government and thereby failed to follow the principle of separation of powers. James Madison answered this argument in Federalist nº. 47, which explained that Montesquieu did not require a strict division of functions between the three branches of government. Madison defended the Constitution as having a sufficient division of functions between the three branches of government to avoid the consolidation of power in any one branch*” (Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, p.149). A rigor, não se tratava propriamente de “reler” MONTESQUIEU (como sugeriu MADISON); afinal, MONTESQUIEU criticava p.ex. a própria eleição de juízes, (*supra*, n. IV), o que permite supor, por extensão lógica, que ainda menos virtudes veria na sua indicação pelo Executivo (e não há, hoje, outro modo de ingresso nas magistraturas estadunidenses). Tratava-se, n’ “*O Federalista*”, de realmente *inpletir* a doutrina original para as necessidades das democracias republicanas contemporâneas.

¹¹⁵⁷ *V., e.g., Nixon v. Administrator of General Services* (443 U.S. 425 e ss., 1977).

¹¹⁵⁸ Nowak, Rotunda, *Constitutional law*, pp.149-150. Em sentido semelhante, no Brasil, v. GUILHON ALBUQUERQUE (que, aliás, parece tentar retroceder a doutrina dos “*checks and balances*” ao próprio MONTESQUIEU), registrando que “*Montesquieu mostra claramente que há uma imbricação de funções e uma interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário. A separação de poderes da teoria de Montesquieu teria, portanto, outra significação. Trata-se [...] de assegurar a existência de um poder que seja capaz de controlar outro poder [...]. É um problema político, de correção de forças, e não um problema jurídico-administrativo de organização de funções*” (José Augusto Guilhon Albuquerque, “*Montesquieu: sociedade e poder*”, in *Os clássicos da política*, Francisco C. Weffort (org.), 13ª ed., São Paulo, Ática, 2004, v. I, pp.119-120 — g.n.).

Em Portugal, com efeito, o artigo 111º da Constituição de 1976 estatuiu que (1) os órgãos de soberania deveriam observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição; e que (2) nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local poderia delegar seus poderes a outros órgãos, a não ser nos casos e termos expressamente previstos pela CRP e pelas leis. Consagrava-se o **princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania**, considerado um *princípio estrutural-conformador do domínio político* na República Portuguesa. Trata-se, aqui, da chamada *repartição horizontal* de competências, que se refere à diferenciação funcional dos órgãos de soberania (legislação, execução, jurisdição), em oposição à *repartição vertical*, que diz com a delimitação de competências segundo critérios basicamente territoriais (em Portugal, Estado central, regiões autónomas e órgãos locais; no Brasil, União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Na Constituição portuguesa, os dois critérios de repartição geralmente aparecem associados¹¹⁵⁹ — sendo certo que, no plano da repartição horizontal, já não mais se fala em mera “separação” entre os órgãos de soberania, mas em separação **com** interdependência (artigo 111º, 1).

No Brasil, da mesma forma, a Constituição de 1988 positivou a repartição horizontal logo no início do texto constitucional, em seu artigo 2º (“*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”); e depois passou a regulá-la, com toda minudência, ao longo do Título IV (“*Da Organização dos Poderes*”). No entanto, embora cada um dos Poderes tenha suas *funções típicas*, a própria CRFB consagra uma série de *funcionalidades atípicas* (i.e., *heterotópicas*), demonstrativas de que, também no Brasil, atualmente melhor se dirá da *interdependência harmônica*¹¹⁶⁰ —

¹¹⁵⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.513-514.

¹¹⁶⁰ Para alguns críticos, nem mesmo isso, ao menos no caso do Brasil. ALTENFENDER SILVA refere, p.ex., o uso abusivo, pelo Poder Executivo brasileiro, de medidas provisórias para legislar; a progressiva invasão do Supremo Tribunal Federal em assuntos da alçada do Legislativo (demarcação de terras indígenas, infidelidade partidária, uso de algemas, etc.) mediante interpretações que criam direitos novos (o que levou CANOTILHO a falar, para o caso brasileiro, de um “ativismo judicial exagerado” ou “sem paralelos”); e os excessos do Legislativo em seara judicial, com arbitrariedades na condução de processos disciplinares contra parlamentares e das próprias comissões parlamentares de inquérito. V. Ruy Martins Altenfelder Silva, “*Harmonia dos Poderes?*”, in *Folha de S. Paulo*, 20.11.2009, p.A-3 (“*Opinião*”). Mas não se pode confundir, no campo judiciário, o ativismo judicial de fundo jurídico-principiológico — que reputamos perfeitamente legítimo — com “usurpação de função alheia”. V., abaixo, o tópico 13.2.

e não da pura “separação” — entre os poderes da República. O mesmo se passa em Portugal.

Assim é que o Poder Executivo, a quem incumbe primacialmente executar a Constituição, as leis e as respectivas políticas públicas, excepcionalmente¹¹⁶¹ *legisla* por meio de medidas provisórias (artigo 62 da CRFB) ou por decretos-leis (artigo 198º, 1, da CRP); o Poder Judiciário, a quem se acomete primordialmente a interpretação oficial e a aplicação concreta da Constituição e das leis na solução de litígios, igualmente *legisla* no âmbito de seus tribunais, ao editar regimentos destinados a dispor sobre “*a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*” (artigo 96, I, “a”, da CRFB), que não raro inovam ou modulam em sede de processo e procedimento¹¹⁶²; e o Poder Legislativo, a quem compete elaborar as leis da República, pode por sua vez *investigar* (i.e., exercer função executivo-policial típica) e mesmo *julgar* (i.e., exercer função jurisdicional típica) em certos casos específicos, como, respectivamente, nos crimes de responsabilidade do Presidente da República¹¹⁶³ (artigos 85 e 86 da CRFB) e nas comissões parlamentares de inquérito (artigo 58, §3º, da CRFB; artigo 178º, 5, da CRP).

Dessarte, a formulação clássica da separação de poderes já não serve para os dias de hoje. E é assim inclusive porque

“a tão elevado dogma não corresponde uma precisão terminológica e material que seria de supor que existisse. Na verdade, isso tem levado às mais diversas concepções, da mesma forma como tem gerado as mais incômodas e inconvenientes questões aos práticos e

¹¹⁶¹ Conforme o teor da nota precedente, essa “excepcionalidade” pode chegar a ser retórica no Brasil, porque em muitos períodos a paralisia parlamentar e um próprio ímpeto despótico conduzem à *absoluta prevalência* da legiferação executiva por MP’s (como se deu, no Brasil, tanto durante o governo do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO como durante o governo de seu sucessor, o Presidente LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA). Cf., nesse sentido, http://www.conjur.com.br/2005-fev-10/oab_critica_excesso_medidas_provisorias_governo (acesso em 30.01.2011). *In verbis*: “Isso mostra claramente o cipoal que o governo monta contra si próprio. Nem mesmo um projeto de lei de sua autoria consegue tramitar de forma eficiente dentro do Congresso, pelo excesso de medidas provisórias” (do então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, ROBERTO BUSATO).

¹¹⁶² Assim, p.ex., criando “recursos internos” que não têm expressa ou exauriente regulação na lei, como hoje se dá, no Brasil, com os agravos regimentais.

¹¹⁶³ Hipótese que, vimos, fora admitida pelo próprio MONTESQUIEU quando elencou as três exceções ao dogma da separação dos poderes legislativo e judiciário. Tratar-se-ia da primeira delas, reservada às “grandes personalidades”, “*toujours exposés à l’envie*”; ou, alternativamente, da terceira hipótese (dos cidadãos que, nos negócios públicos, violem “*les droits du peuple*”).

teóricos que se ocupam do tema. Nesse sentido é que compreende MAGIERA, quando declara que, ‘sem mais desenvolvimento, o conceito de separação dos poderes é, pelo menos, equívoco’¹¹⁶⁴.

Esse, aliás, é um dos influxos da pós-modernidade nas plagas do direito público (MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI), corroendo o “conceito teórico-político” do Estado tardo-constitucional — que se define monoliticamente como *pessoa jurídica e orgânica* — e anunciando, com J. J. GOMES CANOTILHO, uma *teoria das funções do Estado* compromissada com um *conceito jurídico-organizatório* de Estado (e, portanto, mais flexível; v. *supra*, tópico 11.2 e nota n. 1063, *supra*).

Pois é com esta percepção — bem mais apropriada ao pluralismo e às “incertezas” inerentes à pós-modernidade — que adentramos ao tópico seguinte.

13.2. DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO E SUPERAÇÃO DOGMÁTICA DA IDEIA DE ESTRITA SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES DA REPÚBLICA. DA TRIPARTIÇÃO INTEGRADA OU INTERAGENTE

I. No tópico 11.2, descobrimos, com MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, que o fenômeno pós-moderno do desmembramento das ideias de poder e de soberania tem engendrado a própria *reorganização vertical do Estado* (que paulatinamente migram para modelos estatais de “organização reticular”); e que esses câmbios trouxeram repercussões importantes na repartição clássica de poderes segundo MONTESQUIEU (nota n. 1065). Agora vamos minudenciá-las.

Se institucionalmente as funções de Estado já não se separam em departamentos estanques desde pelo menos a Constituição estadunidense (*supra*), é cediço que, com o

¹¹⁶⁴ Tavares, *Curso...*, p.1136.

advento do “*État providence*” — ante o papel promocional do Estado e toda a lógica de grupos que o informou — e pouco depois, com o raiar da própria pós-modernidade (diversidade, pluricentralidade, fragmentação, desreferencialização), essas funções se confundiram ainda mais. Porque a pós-modernidade — sobretudo se compreendida com os olhos de TOURAINE (a pós-modernidade dos múltiplos grupos de interesse, cujo equacionamento passa pela superação dialética das polarizações das primeiras modernidades¹¹⁶⁵) — não dispensa a função promocional do Estado (a não ser na sua corruptela neoliberal, denunciada pelo próprio TOURAINE¹¹⁶⁶), que é, ao contrário, robustecida (vejam-se, p.ex., as atuais discussões em torno das políticas públicas afirmativas para negros, índios, deficientes, etc.). Vai-se o Estado social, que evolui para um modelo mais complexo (*supra*, tópico 11.1), mas permanece a sua faceta interventiva. O que termina espraiando efeitos entre órgãos de soberania não vinculados explicitamente pelo compromisso constitucional de elaborar e executar políticas públicas para a satisfação de interesses sociais, como se dá com os tribunais (que também integram o conjunto do “Estado”). CAPPELLETTI o diz de modo mais fluido (abstendo-se, porém, de lançar vistas para além do século XX e se arriscar no atolado terreno da pós-modernidade):

“O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um ‘gendarme’ ou ‘*night watchman*’; ao contrário, o estado social [...] deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o caso ‘justo’ e o ‘injusto’, *right and wrong*. E mesmo quanto a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais.

¹¹⁶⁵ A *dialeticidade*, acrescentamo-la por nossa conta, seguindo a lógica desenvolvida *supra* (tópico 11.1, III).

¹¹⁶⁶ Recentemente, TOURAINE afirmou que “a globalização fez desaparecer, destruiu totalmente, o social”; e, adiante, completou que “há um esgotamento dos modelos políticos, e eu acho que a responsabilidade dos intelectuais nisso é muito grante, porque, em um país como a França ou a Itália, um pouco no Brasil, muito na Argentina, na Venezuela e em outros países, os intelectuais fizeram a política do pior. Na América Latina, a maioria dos intelectuais disse: ‘Nós dependemos do capitalismo internacional, então não podemos fazer nada’. Os intelectuais franceses gostam muito de falar o mesmo: ‘Não podemos fazer nada. Somos dominados, manipulados, etc’. E essa atitude é desastrosa e faz com que exista ainda em países como a França todo um vocabulário político que data de 100 anos atrás — ou, no mínimo, 50 anos, mas está mais para 100 anos — e que não tem nenhuma capacidade de mobilização. Nós não podemos sobreviver às mudanças atuais sem ideias novas de uma maneira que corresponda à realidade e que inspire confiança” (Programa “Milênio”, Rio de Janeiro, *Globo News*, 17.01.2011 — entrevista à jornalista Leila Sterenber).

[...] É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, **importantíssimas implicações impõem-se aos juízes**. Em face da **legislação social que se limita**, freqüentemente, **a definir a finalidade e os princípios gerais**, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos à **gradual transformação do presente e formação do futuro**, os juízes de determinado país bem poderiam assumir — e muitas vezes, de fato, têm assumido — a posição denegar o caráter preceptivo, ou ‘*self-executing*’, de tais leis ou direitos pragmáticos [= reação conservadora]. [...] **Mais cedo ou mais tarde**, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, **os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também**, afinal de contas, **um ‘ramo’**. E então **será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’**: o que eles podem fazer **controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social**, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”¹¹⁶⁷.

II. Daí ser marcadamente *criativa*, sobretudo a partir de meados da década de noventa do século passado, toda a atividade judiciária de interpretação e de aplicação do Direito em sede de direitos humanos fundamentais (e ainda mais acentuadamente naqueles de segunda e de terceira geração)¹¹⁶⁸. CAPPELLETTI entende que a diferença então observada é apenas de *grau*, não de conteúdo, pois “*toda interpretação é criativa [...] e [...] sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional*”¹¹⁶⁹. Ainda que seja assim, porém, essa “diferença de grau” provocou forte alarido nos meios forenses e, mais tarde, nos próprios entornos sociais. No Brasil, por

¹¹⁶⁷ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, pp.41-42.

¹¹⁶⁸ *Idem*, p.42 (atendo-se, porém, aos “direitos sociais” — que, ao menos em acepção técnica, são apenas os de *segunda geração* ou *dimensão*: previdência social, habitação, limitação de jornada de trabalho, proteção contra o desemprego, etc.).

¹¹⁶⁹ *Idem, ibidem*.

exemplo, o chamado “*ativismo judicial*” tem merecido, desde 2007¹¹⁷⁰, editoriais críticos nos dois principais jornas de circulação nacional no país¹¹⁷¹.

Na ocasião, tivemos oportunidade de responder a um deles, pontuando o seguinte:

“Ora, se a própria Constituição autoriza o reconhecimento de direitos decorrentes dos princípios perfilhados pelo sistema jurídico brasileiro — entre os quais o da dignidade da pessoa humana, o do valor social do trabalho e o da vedação do abuso de direito (veja-se o artigo 187 do Código Civil) —, qual a impropriedade de julgar com base em tais princípios, derivando deles condicionalidades que, se não previstas textualmente na

¹¹⁷⁰ Na *Folha de S. Paulo*, o viés crítico tornou-se explícito sobretudo após o editorial “*Ativismo Judicial*”, em que se criticavam recentes decisões “criativas” do STF em sede de fidelidade partidária e de greve de servidores públicos (05.11.2007, p.A-2), ao argumento de que “*as decisões das cortes [não] serão sempre consonantes com os anseios da população — o Judiciário não é um Poder eleito. Há até mesmo o risco de o ativismo do STF contaminar outras cortes e produzir monstros como a decisão da Justiça Eleitoral fluminense de vetar candidatos vagamente acusados de ‘crimes graves’ no pleito do ano que vem*”.

¹¹⁷¹ Por último, cf. *Folha de S. Paulo*, “*Interferência excessiva*” (Editorial), 05.04.2009, p.A-2; *O Estado de São Paulo*, “*A crise e o ativismo dos TRTs*” (Editorial), 13.04.2009, p.02. Neste derradeiro, lia-se o seguinte: “*Um mês depois de o presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região ter concedido liminar suspendendo as demissões de 4.273 empregados da Embraer, o vice-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região proibiu a Usiminas e seis empresas que prestam serviços a ela de dispensar cerca de 1,5 mil trabalhadores. [...] Ao fundamentar suas decisões, os dirigentes dos dois TRTs invocaram os princípios da Constituição que enfatizam ‘a dignidade da pessoa humana’ e os ‘valores sociais do trabalho’. A legislação trabalhista atribui aos empregadores a prerrogativa de efetuar a chamada ‘dispensa imotivada’, ou seja, a demissão sem justa causa, desde que paguem todas as indenizações e vantagens a que os demitidos têm direito, mas os TRTs da 3ª e da 15ª Região alegaram que a Embraer e a Usiminas estariam exercendo esse direito de maneira ‘abusiva’. [...] Além de criar um problema econômico adicional, as liminares dos TRTs da 3ª e da 15ª Região têm problemas de fundamentação legal. Os dirigentes dessas Cortes invocaram princípios constitucionais, entendendo que estavam fazendo justiça social. É o que os analistas chamam de ‘ativismo judicial’. [...] No direito, princípios são diretrizes que orientam a interpretação das regras, permitindo aos juízes ajustar suas decisões às especificidades dos chamados ‘casos difíceis’ [“hard cases”] — litígios sobre os quais não há jurisprudência firmada e os doutrinadores estão divididos. Invocados isoladamente, os princípios — que são formulados com base em conceitos abertos, como ‘valor social do trabalho’ e ‘responsabilidade social da empresa’ — tendem a disseminar insegurança jurídica. [...] Por representar uma intervenção abusiva na liberdade de iniciativa e empreendimento, decisões judiciais ‘protetoras’ comprometem o jogo de mercado, que precisa de regras claras e objetivas para funcionar. Em vez de atenuar os efeitos sociais da crise econômica, esse tipo de ‘ativismo’ só tende a agravá-los” (g.n.). Naquele primeiro, podia-se ler: “*Além da falta de legitimidade, o Poder Judiciário não tem condições de arbitrar a melhor forma de as empresas responderem aos efeitos da crise. Beneficiam apenas setores com forte base sindical. São decisões que caminham no sentido contrário da necessária modernização da organização sindical e das leis trabalhistas — que já são protecionistas demais no Brasil*”. Releva perceber que, na argumentação explicitamente (neo-)liberal do editorial d’ “*O Estado de São Paulo*” (aliás, de ambos), o órgão de imprensa recuperou a função hermenêutica dos princípios jurídicos, mas olvidou convenientemente a sua função aplicativa, pela qual “*ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*” (“[...] die *gebieten*, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird” — Robert Alexy, *Theorie...*, pp.75 [g.n.]; v. também Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p.255; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.1085-1088).*

lei ordinária, estão em consonância com o sistema constitucional? [...] Em verdade, o que há naqueles julgados não é viés ideológico ou ‘ativismo’ de qualquer ordem. É, sim, uma inexorável **mudança de perspectiva**. [...] **Já não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do texto constitucional. Manda a hermenêutica contemporânea, libertada dos arreios do positivismo jurídico** (e diz-se dela, por isso mesmo, ser “pós-positivista”), **que se interpretem as leis conforme a Constituição; não o contrário**. [...] Eis aqui, altaneiro, o **princípio da supremacia da Constituição**, festejado aos quatro ventos desde a célebre sentença do juiz Marshall no caso Marbury x Madison. **Se a lei é contrária à Constituição, deve ser expungida do sistema; se a lei admite variegadas interpretações, deve-se optar pela interpretação conforme a Constituição; se a lei é lacunosa, deve-se completá-la com os princípios constitucionais**. [...] **Tudo isso mais os olhos atentos à realidade social e à sua contextualidade, porque o Direito não se exaure nos textos**. Tampouco aqui se revelam quaisquer novidades. Cuida-se daquilo que o jurista português Menezes Cordeiro identificou, há mais de uma década, como integração vertical: a montante, o pré-entendimento do magistrado; a jusante, a análise dos fatos sociais ao seu redor. Sem tal norte, a Justiça claudica. [...] Aliás, considerando que Marbury x Madison é de 1803, não há, naqueles dois julgados, absolutamente nada de revolucionário, neossocialista ou “ativista”. Há, sim, boa técnica. Bom senso. E boa dose de coragem”¹¹⁷².

III. A crítica não é nova. Em meados da década de setenta já se objetava, nos EUA, que a função de garantia material da “*due process clause*” (i.e., a sua dimensão substantiva de proteção da indenidade mínima dos direitos fundamentais) não poderia autorizar a subversão das fronteiras entre os poderes da República. Ao revés, para CULP DAVIS, a “*due process clause*” deveria funcionar como elemento intrassistêmico de garantia da

¹¹⁷² Guilherme Guimarães Feliciano, “Ativismo judicial para bom entendedor”, in *Folha de S. Paulo*, 25.05.2009, p.A-3 (“*Opinião*” — g.n.). E, quanto ao caso particular (das limitações judiciais impostas, em 2009, às dispensas coletivas na EMBRAER e na USIMINAS), aduzíamos: “Na realidade, decisões judiciais que condicionam dispensas coletivas à prévia negociação coletiva e à demonstração contábil das alegadas dificuldades econômico-financeiras não radicam ‘apenas’ nas ideias de dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. [...] O artigo 7º, I, da Constituição dispõe explicitamente ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a ‘relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos’. Mas não é só. A Constituição é bem clara ao dispor que a tal ‘indenização compensatória’ é apenas uma das garantias gerais do empregado contra as dispensas arbitrárias (ainda que não sejam propriamente abusivas); e, tratando-se aqui de direitos sociais fundamentais, vale sempre invocar a norma do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’”

própria tripartição de poderes, de modo a proibir qualquer delegação da função normativa do Poder Legislativo, sempre que aquela clássica tripartição estivesse em perigo¹¹⁷³.

O que os críticos não têm compreendido é que esta “interpenetração reativa” entre a função judiciária e as outras funções soberanas — notadamente a legislativa — trazem consigo aquela *mudança de perspectiva* reportada acima (n. II); e, portanto, uma nova compreensão do que deva ser a “independência harmônica” dos poderes do Estado. A esse respeito, bem registrou HABERMAS, sobre o modelo clássico liberal (que provém de MONTESQUIEU — *supra* — e já não serve aos Estados contemporâneos), que,

“No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: **A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado**, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que **o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro**, e **a administração controla problemas que surgem na atualidade**. Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão de poderes. **Nisso se encaixa a representação positivista do direito**, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente”¹¹⁷⁴.

Grosso modo, pois, o Judiciário deveria reproduzir o sistema jurídico construído *fora e antes* dele, sem qualquer pretensão de transformar a realidade ou de prevenir futuros litígios. Os juízes, em síntese, haveriam de conduzir a sua parte da máquina pública (os

¹¹⁷³ Kenneth Culp Davis, *Administrative law text*, 3rd ed., Saint Paul, West Publishing Co, 1972, pp.27 e ss. De se ver que, em muitos países, o próprio sistema constitucional autoriza a delegação legislativa em algumas circunstâncias (v., e.g., o artigo 68 da CRFB e o artigo 111º, 2, da CRP).

¹¹⁷⁴ Habermas, *Direito e Democracia...*, v. I, p.305 (g.n.).

juízos e tribunais) mirando a estrada *pelo retrovisor*. A imagem é “*de per se*” eloquente: cedo ou tarde, colidiriam. Na primeira ocasião em que o modelo foi conscientemente trasladado da teoria para a prática institucional e pôde ser socialmente testado, isso foi percebido (*supra*, 13.1, n. V), atenuando-se a representação passado-presente-futuro.

Tem razão HABERMAS, ademais, quando anota que o próprio advento do Estado social, centro e trinta anos depois da experiência constitucional norte-americana, traduziu-se em forte abalo para aquele modelo liberal de tripartição, sobretudo por fundar um tipo de “Estado dirigente”, proclamador de objetivos políticos e de uma vasta fundamentação principiológica que alcança, a rigor, *toda a máquina pública* (inclusive o Judiciário). Deu-se, em suas palavras, uma “corrupção arquetônica constitucional”, que *materializa o* direito legal-formal de cariz liberal e promove uma “*remoralização*” do sistema, afrouxando aquela ligação linear do valor “justiça” às vantagens historicamente concedidas pelo legislador político, “*na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e argumentos políticos visando à determinação de fins*”. Por conseguinte,

“Nos domínios da ação não-formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição [i.e., interpretação sistemático-principiológica], pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, **ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial**, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos. **Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a histórica institucional da ordem jurídica [o “passado”], para problemas do presente e do futuro**”¹¹⁷⁵.

Eis porque o Judiciário passa a se ocupar de também promover, ele próprio, a justiça social, decidindo por princípios constitucionais as demandas radicadas em searas nas quais constituinte originário predispôs um mandado constitucional de proteção jusfundamental, mas o legislador ordinário o subvalorizou ou mesmo o ignorou (v., *supra*,

¹¹⁷⁵ Como se vê, se HABERMAS não se revele “*a priori*” um crítico do ativismo judicial (*supra*, nota n. 1075), não deixa de vê-lo com alguma desconfiança, transparecida na citação lateral a INGEBORG MAUS (quanto ao risco de perda da “autonomia dos cidadãos”).

as notas ns. 1171 e 1172). Os magistrados judiciais deixam de ser “*la bouche qui prononce les paroles de la loi* [e] *des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (*supra*, tópico 13.1, n. IV) para se tornarem, nesse novo esquema, “coisas animadas” (logo, dotadas de *vontade* e *visão de mundo*); e, com isso, passam a efetivamente **moderar** interesses e valores, mesmo nos espaços públicos em que o Estado-legislador ainda não se pronunciou. A ligação entre a justiça e a legislação deixa de ser linear, porque a Justiça — e não apenas a reprodução dos sentidos históricos da lei —, definida pelos valores constitucionais maiores, pode ser plasmada diretamente pelo corpo judiciário. E, assim, o Judiciário passa a olhar para o *presente* (regulando, p.ex., o uso de algemas, em um nível de intervenção na atividade policial para o qual o legislador jamais houvera atinado¹¹⁷⁶) e mesmo para o *futuro* (disciplinando, p.ex., as experiências científicas com células-tronco embrionárias¹¹⁷⁷), com efeitos *declaratórios*, *derrogatórios* ou mesmo *modulatórios* da ordem jurídica. Sob tais quadros, torna-se inelutável a interpenetração dinâmica — e, no caso do Judiciário, *reativa* (porque só o fará quando provocado pela parte-pessoa) — entre os três poderes da República.

IV. Nessa linha, cremos que os novos tempos — de uma *interdependência dinâmica* ou *colaborativa* entre os poderes da República e os seus órgãos de soberania (para além da clássica “separação”, ou mesmo daquela “independência harmônica” em acepção tradicional) — reclamam a formulação de um *novo modelo* de equilíbrio institucional soberano, que doravante designaremos como “**tripartição integrada ou interagente**” dos **poderes públicos**.

¹¹⁷⁶ Cf. STF, HC n. 91.952-SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 07.08.2008, julgado que depois sustentaria — com outros tantos — a edição da Súmula Vinculante n. 11: “*Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*”. O CPP brasileiro nada dispõe a respeito. V., *supra*, a nota n. 1160.

¹¹⁷⁷ Cf. STF, ADI n. 3510/DF, rel. Min. AYRES BRITTO, j. 29.05.2009. V., *supra*, nota n. 1119, e *infra*, nota n. 1424.

Por este novo modelo, a **Constituição** torna-se — como queria CANOTILHO¹¹⁷⁸ — o texto de fundação *formal* e *material* das ordens jurídica e política, servindo efetivamente como **carta de princípios** e também como **programa de ação** para o Estado, considerado em sua plenitude (Executivo, Legislativo e Judiciário, globalmente entendidos e por cada um de seus órgãos¹¹⁷⁹). Como, porém, a tessitura normativa constitucional é repleta de normas-princípios (= mandados de otimização; logo, semanticamente abertas), cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (v., *supra*, a nota n. 884) — o que densifica um importante gradiente de *incerteza*, próprio da pós-modernidade —, é preciso identificar, entre os órgãos de soberania, qual deles zelará pela *unidade do sistema jurídico-político*, declarando, ante a historicidade constitucional, a interpretação final para os textos constitucionais problemáticos. Tal papel naturalmente caberá ao *Poder Judiciário*, “*el guardián de la Constitución*”¹¹⁸⁰; e, dentro de sua estrutura, às cortes constitucionais (admitindo-se que sejam sistematicamente possíveis divergências internas, como se dá nos sistemas que admitem o controle difuso de constitucionalidade, a exemplo dos EUA e do Brasil). E, por fazê-lo, torna-se também ele, Judiciário, um agente “legislador”¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.213 (referindo-se à CRP de 1976): “*Trata-se [...] de uma lei fundamental não reduzida a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos. A ideia de ‘programa’ associava-se ao carácter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da atenuação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da socialidade estatal do que a função de um direito dirigente de centro político*” (g.n.). V. também, do mesmo autor, “*O dirigismo constitucional e a sua crise*”, in “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, pp.29 e ss. (onde procede à autocrítica de seus escritos anteriores sobre a “Constituição dirigente” e se penitencia pela expressão, que agora reputa equívoca, notadamente por ter sugerido um dirigismo utópico-ideológico que não chancela).

¹¹⁷⁹ Isso em tese alcança, portanto, *todos os juízes*, de qualquer grau de jurisdição (e não apenas o tribunal constitucional), especialmente nos países que possuem mecanismos de controle difuso de constitucionalidade. Estão todos adstritos, em primeiro lugar, à semântica constitucional (e não aos textos legais, conquanto a eles se reconheça sempre uma “presunção” de constitucionalidade, mas permeável à dialética argumentativa em todas as instâncias do Poder Judiciário).

¹¹⁸⁰ V., por todos, Carlos Sanchez Viamonte, *Manual del derecho político: Los problemas de la democracia*, Buenos Aires, Bibliográfico Argentino, 1959, *passim*. Essa percepção sempre foi muito clara nas Américas, talvez por influência da doutrina do “*judicial review*”, muito difundida desde *Marbury v. Madison* (1803). Algumas constituições inclusive o dizem expressamente, como p.ex. a Constituição do Paraguai de 1992 (artigo 247, 1: “*El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpuesta, la cumple y la hace cumplir*”).

¹¹⁸¹ Nesse sentido, a advertência atribuída ao Bispo HOADLY (em sermão proferido em 1717 perante o rei da Inglaterra): “*Whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoken them*” (cf. <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/#BM2>, acesso em 31.01.2011). Ou, como teria dito o

Esse papel deve ser exercido, ademais, tanto no campo do estrito dever-ser (*validação/correção da norma jurídica*) como no campo do ser-em-ação (*validação/correção das políticas públicas*). Em outras palavras, cabe ao Judiciário, legitimado pelo procedimento dialético em espaço público e pela argumentação de necessário eixo constitucional, fazer reparos de toda ordem — ordem *instrumental* (essa mais frequente, devida quando um justo fim é perseguido por meio de estratégias teratológicas, desproporcionais ou atentatórias do conteúdo essencial de direitos fundamentais contrapostos¹¹⁸²) ou mesmo *essencial* (essa mais episódica, devida quando as escolhas políticas dos outros poderes são teratológicas ou contrariam flagrantemente a Constituição¹¹⁸³) — nas políticas públicas executadas pelo governo e/ou balizadas pelo legislador. Mais que isso, na inércia dos outros poderes públicos, cabe ao Poder Judiciário *realizar* a própria ação estatal interventiva (se para tanto bastar declarar os seus termos), ou então *determinar* aos órgãos competentes que a realize, sempre segundo os parâmetros constitucionais que ditar.

Toca-lhe, afinal de contas, a verdadeira **função moderadora** no jogo político-institucional contemporâneo dos “*checks and balances*”. Começou a ser assim no Estado social (ainda com pruridos de modernidade); seguirá sendo assim nos Estados pós-sociais (pós-modernos?). Não com o ranço autoritário que outros “mecanismos moderadores” conheceram no passado, pretendendo gestar instituições acima do Direito, das leis e das responsabilidades (v., *supra*, a nota n. 1153); mas como último recurso macrossistêmico para a *harmonização interna* dos poderes do Estado. E não por estarem os tribunais *acima*

Governador CHARLES E. HUGUES (Nova York), depois Presidente da *U.S. Supreme Court*, “*the Constitution is what the judges say it is*”.

¹¹⁸² Imagine-se, p.ex., que políticas públicas de quotas para minorias em universidades federais (constitucionalmente valiosas, “*ex vi*” dos artigos 3º, III e IV, da CRFB), ao contemplar os mais diversos grupos — negros, índios, deficientes, homossexuais, etc. —, termine *eliminando virtualmente* a possibilidade de acesso de pessoas “comuns”, estranhas àqueles grupos (aniquilando-se por completo, em desfavor desses últimos, o princípio da universalidade do ensino e a própria isonomia de condições de acesso, porque já não teriam chances razoáveis de ingressar nas instituições federais; no Brasil, v. artigo 206, I, e 214, II, da CRFB). Legítimo o fim primeiro, já não se poderia dizer o mesmo do instrumento (ou da sua “dosagem”), por menoscabar o conteúdo essencial daqueles direitos fundamentais, na perspectiva dos “comuns”.

¹¹⁸³ Imagine-se, p.ex., que, a pretexto de reduzir desigualdades regionais, o governo inicie campanhas de controle obrigatório de natalidade nas regiões mais pobres do país, inclusive com amplo recurso à esterilização de mulheres. Sobre ser discriminatória, tal política tangenciaria a própria prática de genocídio (cf. artigo 2º, “*d*”, de que o Brasil é signatário, *ut* Decreto n. 30.822/52; logo, a rejeição a tais medidas ou objetivos integra o seu “bloco de constitucionalidade”, diante do que dispõe o artigo 5º, §2º, da CRFB).

dos outros órgãos de poder (governos, casas civis, ministérios, parlamentos, etc.), mas apenas porque, no horizonte de possibilidades que o *programa constitucional* faz desabrochar para os agentes políticos, incumbe sempre a ele, Poder Judiciário, a palavra final¹¹⁸⁴; e foi assim, durante todo o século XX, pela própria vontade constitucional originária.

NUNES PEREIRA caminha nesta exata vereda, finalizando seu apurado estudo com três teses que agora subscrevemos¹¹⁸⁵:

“65. Os estudos acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais fazem derivar não apenas mudanças acerca da concepção da norma jurídica. **A atual visão acerca da concretização das normas de direitos fundamentais demonstra também uma tendência do Estado Constitucional acerca do papel de preponderância que deve ser reclamado do Poder Judiciário. As complexidades do Estado Constitucional, de caráter necessariamente pluralista, não se conformam mais com a dogmatização da teoria da separação dos poderes**, uma vez que a metódica purista e lógico-racional do Estado Liberal mostra-se insuficiente para a compreensão e solução dos problemas emanados essencialmente do modelo constitucional de Estado e da própria noção jurídica que, na atualidade, certa o conceito de norma constitucional.

“66. A principal razão para a preponderância e a própria ampliação do poder judicial se situa na corrente hodierna do Direito Constitucional que pretende estabelecer pautas de construção jurídica ou de conceituação das normas jurídicas superadoras do modelo positivista puro, racional, lógico de regras constitucionais e voltado para a hermenêutica subsuntiva, em prol de um **maior reconhecimento dos princípios**, a partir da distinção tênue entre regras e princípios constitucionais. Desse modo, **o protagonismo do poder judiciário na concretização do conteúdo essencial dos direitos**

¹¹⁸⁴ Obviamente, lidamos aqui com a hipótese de cortes constitucionais *integradas à estrutura do Poder Judiciário*, como ocorre no Brasil (artigos 92, I, e 102, I, da CRFB), na Alemanha (artigo 92 da GG) e — não sem dissensões (v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.630) — também em Portugal (artigo 209º da CRP). Em sistemas nos quais a corte constitucional *não pertença* ao Poder Judiciário (caso da França, *ut* artigos 56 a 63 da Constituição francesa), competirá a ela — e não aos órgãos da autoridade judiciária — a referida *função moderadora global*, ainda que os tribunais possam realizar, no varejo, algum tipo de controle difuso de constitucionalidade.

¹¹⁸⁵ Cf. Nunes Pereira, *O Princípio...*, pp.503-504 (g.n.). Mas subscrevemos *com emendas*, inclusive quanto ao alcance operativo do “*substantive due process*”, que, para nós, vai além da própria garantia de conteúdo essencial, albergando também o princípio da proporcionalidade e a capacidade de aprendizagem das normas constitucionais (*supra*, tópico 12.2, n. IV).

fundamentais se justifica como protagonismo das normas de direitos fundamentais como normas-princípio [v., *infra*, § 24º]

“67. No sentido do texto, [...] nenhum outro instituto representa essa nova visão não apenas acerca da atitude hermenêutica, do papel do poder judiciário no Estado Constitucional, como também do próprio conceito de norma jusfundamental, quando o instituto do devido processo legal substantivo como juízo de adequação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.

Essa compreensão soa perfeitamente subsumível, ademais, tanto ao artigo 2º da CRFB como ao artigo 2º da CRP. Trata-se apenas de reinterpretar o princípio da separação e independência dos poderes da República, atentando à historicidade constitucional e às características do nosso tempo.

V. Aponte-se ainda, inclusive pelo que transcrito de NUNES PEREIRA, o papel nuclear que o conceito de “*substantive due process*” deverá cumprir na tarefa de descrição e compreensão deste novo modelo de equilíbrio soberano. É que, de todos os conceitos disponíveis na moderna Teoria do Direito, nenhum deles acomoda tão bem a ideia de uma função *moderadora* ou *harmonizadora* das tensões jurídico-políticas intrassistemáticas, notadamente quando estão em jogo direitos humanos fundamentais (como é amiúde o caso, se estamos tratando de *ativismo judicial* e que tais). Se o Poder Judiciário dirá, com eficácia “*inter partes*” (no controle difuso) ou “*erga omnes*” (no controle concentrado), qual é a interpretação válida para o texto constitucional que define direitos e garantias fundamentais, e se os concretizará tendo em conta a indenidade dos conteúdos essenciais desses direitos, a proporcionalidade e a própria historicidade constitucional, então estará, na prática, conformando direitos subjetivos na forja da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal (*supra*, tópico 12.2, n. IV).

Desse modo, a “*due process clause*” (dimensão substantiva) tende a servir, como conceito e ferramenta, à experiência do ***diálogo institucional*** no marco de um modelo de tripartição integrada ou interagente de poderes públicos. E, no limite, servirá como *referencial decisório*, sobretudo quando os seus diversos conteúdos materiais já estiverem suficientemente consolidados em precedentes da corte constitucional (o que já ocorre nos

EUA, por conta do próprio “*case law system*”, inerente aos sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica). Como acentuou SCARPINELLA, o devido processo (res)surge como a grande cláusula constitucional, porque tende a garantir o adequado controle sobre o poder estatal¹¹⁸⁶ (pela via administrativa — tese da autora — e também pela via judiciária, mas aqui por provocação da sociedade civil, jamais de ofício; do contrário, realmente haveria distorções). Mais que isso, porém, ele adquire especialíssima relevância em um modelo de tripartição integrada, porque “*é na cláusula do devido processo que se dá a conversa entre os três poderes [...]. Ela tem um papel decisivo no equilíbrio entre o público e o privado*”¹¹⁸⁷; e é por ela, igualmente, que se permite a *construção dialógica* das políticas públicas, com a participação direta dos cidadãos, dentro do aparato administrativo¹¹⁸⁸ ou — caso necessário — inclusive fora dele, acorrendo às barras dos tribunais.

Há uma legitimidade democrática que se descobre, portanto, no procedimento e na própria litigiosidade constitucional, desde que custodiada com univocidade.

13.3. JURISTOCRACIA?

I. A leitura do tópico anterior suscitará no leitor uma indagação irrefragável: a pós-modernidade reserva-nos então uma nova *meritocracia*, centralizada nas magistraturas nacionais (ou mesmo supranacionais, onde houver jurisdições como a do TJUE¹¹⁸⁹)? O governo das leis (JOHN ADAMS¹¹⁹⁰) terá dado lugar ao governo dos juízes? Se, de fato,

¹¹⁸⁶ Vera Scarpinella Bueno, “*Devido processo legal...*”, p.72.

¹¹⁸⁷ Vera Scarpinella Bueno, “*Devido processo legal...*”, p.73. Cf. também Jerry L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, London, Yale University Press, 1985, pp.06-08.

¹¹⁸⁸ Jerry L. Mashaw, *Due Process...*, pp.24-25.

¹¹⁸⁹ Sobre isso, cf. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 45.

¹¹⁹⁰ Atribui-se a ADAMS, candidato derrotado às eleições presidenciais de 1800 (vencidas por THOMAS JEFFERSON), a redação do artigo 30 da *Constitution of the Commonwealth of Massachusetts*, de 1780 (v., *supra*, tópico 10.1.2), que ali positivou a separação de poderes e também a célebre distinção entre “governos de lei” e “governos de homens”. *In verbis*: “*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men*” (g.n.).

chegamos ao ponto de termos “juízes legisladores” (CAPPELLETTI¹¹⁹¹), ou até cortes constitucionais tornadas “superlegislativos” (CALAMANDREI¹¹⁹²) — às quais se reservariam até mesmo poderes de *legiferação negativa* (CANOTILHO¹¹⁹³) —, em que nos distinguiríamos dos governos despóticos descritos por MONTESQUIEU¹¹⁹⁴?

O presente item está dedicado exclusivamente a essa discussão.

II. Segundo HIRSCHL¹¹⁹⁵, os novos papéis do Poder Judiciário podem, de fato, servir a interesses antidemocráticos. No limite, um Judiciário “ativista”, se desprovido de legitimidade popular eletiva, poderia ser instrumentado para blindar elites interessadas em conservar posições hegemônicas contrariadas pelos órgãos de representação política (em especial os parlamentos). Essas elites judicializariam sistematicamente o “*ius novum*” e as políticas públicas concretas, obstaculizando todas as decisões políticas que os afetassem negativamente. Requer-se, pois, cautela.

Tal “ativismo” foi exportado, em grande medida, pela própria jurisprudência norte-americana. Com efeito, a noção de *supremacia da Constituição* (“*supremacy clause*”), estabelecida como pilar da ordem jurídico-política estadunidense desde *Marbury v. Madison* (5 U.S. [1 Cranch] 137, 1803) e *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316, 1819), é hoje compartilhada por mais de cem países em todo o globo. Ganhou espaço até mesmo em países nos quais a doutrina da soberania parlamentar goza de imenso prestígio — ou, nas palavras de HIRSCHL, “*the last bastions of Westminster-style parliamentary sovereignty*”

¹¹⁹¹ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, *passim* (especialmente pp.128-134).

¹¹⁹² Piero Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1950, pp.59-60.

¹¹⁹³ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.631.

¹¹⁹⁴ Em função, neste caso, da reunião factual de dois poderes (objetada textualmente por MONTESQUIEU, p. ex., na tensão entre o legislativo e o executivo). *In verbis*: “*Que s'il n'y avait point de monarche, et que la puissance exécutrice fût confiée à un certain nombre de personnes tirées du corps législatif, il n'y aurait plus de liberté, parce que les deux puissances seraient unies; les mêmes personnes ayant quelquefois, et pouvant toujours avoir part à l'une et à l'autre*” (*De l'esprit des lois*, L. XI, Cap. VI — g.n.).

¹¹⁹⁵ Hirschl, *Towards Juristocracy...*, pp. 43-44. *In verbis*: “*The judicialization of mega-politics may also be driven by 'hegemonic preservation' attempts taken by influential sociopolitical groups fearful of losing their grip on political power. Such groups and their political representatives are more likely to delegate to the judiciary formative nationbuilding and collective-identity questions when their worldviews and policy preferences are increasingly challenged in majoritarian decision-making arenas*”. O autor circunscreve esse quadro, portanto, às hipóteses de *judicialização da megapolítica*, de que tratamos logo abaixo (n. IV).

—, como são o Canadá, a Nova Zelândia, Israel e a própria Inglaterra (v., *supra*, tópico 9.2.2, n. III). E, com a universalização da “*supremacy clause*” (expressa ou implícita), deu-se nas últimas décadas o grande argumento para uma profunda transferência de poder das instituições representativas para os tribunais (seja no plano doméstico, seja no plano internacional)¹¹⁹⁶. Mas, desse novo equilíbrio de poder, já nos ocupamos nos dois tópicos anteriores; resta apenas dizer que, se ali estão as razões políticas e sociológicas do movimento (o advento do Estado social e da pós-modernidade — v. sobretudo o tópico 13.2, ns. I a III), aqui está a sua mais importante “*ratio*” jurídico-formal (e discursiva): a “*supremacy clause*”.

Conhecidas, porém, as bases materiais e formais do fenômeno, o que agora releva examinar é a dimensão desta nova realidade, seus aspectos, suas possibilidades e os eventuais equacionamentos cabíveis.

III. “Judicialização da política” é a expressão que se tem utilizado correntemente para designar, senão todo ele, ao menos as manifestações mais midiáticas desse movimento de transferência de poder político para os tribunais, tal como descrito por HIRSCHL. Mas a expressão decerto não é decerto unívoca¹¹⁹⁷.

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS¹¹⁹⁸, por exemplo, pretende reconhecê-la sempre que a atuação do Poder Judiciário afetar de modo relevante as condições da ação

¹¹⁹⁶ Ran Hirschl, “*The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*”, in *Fordham Law Review*, New York, Fordham University School of Law, 2006, v. 75, n. 2, p.721 (disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>, acesso em 1º.02.2011); também Hirschl, *Towards Juristocracy...*, pp.45 e ss.

¹¹⁹⁷ Para HIRSCHL, “*an often umbrella-like term*” (*op.cit.*, p.723).

¹¹⁹⁸ Boaventura de Souza Santos, “*A judicialização da política*”, in *Público*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais/Universidade de Coimbra, 26.05.2003, *passim* (disponível em <http://www.ces.fe.uc.pt/opinia/bss/078en.php> (acesso em 1º.02.2011)). *In verbis*: “*Há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política. Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma, de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por actividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; outra, de alta intensidade, quando parte da classe política que, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente*”. V. também, de nossa lavra, “*Tutela processual...*”, *passim* (especialmente no tópico 4.6 e nas conclusões).

política (o que, diga-se, é fiar-se em definição excessivamente ampla). Distingue então entre a *judicialização de baixa intensidade* (como nos casos de processos penais que tramitam em face de membros da classe política) e *judicialização de alta intensidade* (hipótese em que há a instrumentalização dos tribunais para a peleja político-partidária, externalizando-se conflitos internos para a obtenção de dividendos perante a opinião pública). Percebe-se, entretanto, que essas noções não convergem para aquela inicialmente apresentada (HIRSCHL), exatamente pela excessiva abertura conceitual alvitada por SOUZA SANTOS. Ora, processar membros da classe política por atividades criminosas que “tenham ou não a ver com o poder e a função” não significa, em absoluto, judicializar a política, sequer em níveis de baixo impacto; não é mais que o cumprimento da missão constitucional das cortes. A judicialização de “alta intensidade”, por outro lado, é de fato nefasta e corriqueira; mas, a rigor, não se trata tampouco de judicializar a *política* (i.e., a *tomada de decisões* tradicionalmente discricionária, na persecução do bem comum ou do interesse público, ora com foco abstrato, na função legislativa, ora com foco concreto, na função executiva). Os tribunais nada decidem, a rigor, sobre os grandes temas jurídico-políticos, nem modulam as políticas públicas; apenas servem passivamente à depreciação do capital eleitoral dos políticos alvejados. Os efeitos políticos da decisão não são endógenos, mas *exógenos* (i.e., não se devem aos conteúdos materiais dos julgados, mas tão-só à sua *publicidade*, que “*transforma a plácida obscuridade dos processos judiciais na trepidante ribalta mediática dos dramas judiciais*”¹¹⁹⁹).

Daí porque, no propósito de uniformizar o discurso, aqui designaremos por *judicialização da política* apenas e propriamente aquele fenômeno de transferência de poder político aos tribunais que, por ação *endógena* de suas decisões, passam a interferir diretamente na legislação e nas políticas públicas (i.e., promovem afetações que derivam diretamente das suas próprias disposições, como *ato de vontade* institucional, jamais como um seu efeito lateral involuntário). Seguiremos, pois, com HIRSCHL.

IV. As cortes — em especial as constitucionais — têm sido chamadas a resolver litígios os mais diversos, alguns bem distantes do direito positivo ordinário, porque ligados

¹¹⁹⁹ Souza Santos, “A judicialização...”, *loc.cit.*

a predicamentos de ordem ética ou até religiosa (*e.g.*, qual o “*momentum*” do início da vida), a questões de políticas públicas (*e.g.*, quotas para minorias em universidades públicas) e a controvérsias eminentemente políticas (*e.g.*, fidelidade partidária). Disso já demos diversos exemplos, *supra*, para o caso brasileiro: experiências com células-tronco embrionárias, quotas sociais, fidelidade partidária e demarcação de terras indígenas são alguns dos temas “abertos” que, recentemente, passaram pelo ou ainda aguardam o crivo do Supremo Tribunal Federal (v. notas ns. 1119, 1160, 1170, 1171 e 1177).

O mesmo se verificou, porém, em vários outros países: foram judicializadas, por exemplo, questões políticas tão díspares como o resultado das eleições presidenciais estadunidenses do ano 2000, a nova ordem constitucional sul-africana pós-*apartheid*, as responsabilidades decorrentes dos ataques nucleares a Hiroshima e Nagasaki e da renúncia japonesa a reparações de guerra no Tratado de San Francisco de 1951 (v. Corte Distrital de Tóquio, Ryuichi Shimoda v. Estado), a guerra da Chechênia, a posição da Alemanha na UE, a política econômica da Argentina, o regime de bem-estar social implementado na Hungria, o golpe militar liderado por PERVEZ MUSHARRAF no Paquistão, o futuro político da província de Quebec e da federação canadense, os dilemas da “justiça transicional” nos regimes pós-autoritários da América Latina (inclusive no Brasil¹²⁰⁰) e pós-comunistas do Leste Europeu, a natureza secular do sistema político turco ou o sentido da definição fundacional de Israel como sendo um “Estado Judeu e Democrático” (“*Jewish and Democratic State*”), entre outros assuntos. Todas essas questões foram reputadas “constitucionais” e por esse prisma foram examinadas¹²⁰¹.

A partir dessa casuística, HIRSCHL distingue três categorias de judicialização política, a saber: **(a)** uma judicialização “por colonização”, em que o discurso jurídico-judicial propaga-se na forma de jargões, regras e procedimentos que passam a se reproduzir

¹²⁰⁰ Cf. STF, ADPF n. 153, rel. Min. EROS GRAU, j. 29.04.2010. A ADPF pedia a “revisão hermenêutica” da Lei n. 6.683/79 (a Lei de Anistia brasileira, promulgada durante a “abertura” do regime militar pós-64), no sentido de que se admitisse a perseguição criminal dos agentes do regime que houvessem praticado *crimes comuns*, como homicídios, abusos de autoridade, lesões corporais — inclusive torturas —, desaparecimentos forçados, etc. O pedido foi rejeitado pelo STF.

¹²⁰¹ Hirschl, “*The new constitutionalism...*”, p.723.

na esfera da decisão política (e.g., em processos e fóruns consultivos ou deliberativos)¹²⁰²; (b) uma judicialização “ordinária” (ou “de baixo” — “*judicialization from below*”), que intervém nos processos de criação e implementação de políticas públicas pela via do “*judicial review*” (ou, onde houver, pelos tribunais administrativos), em aspectos mais ou menos pontuais, geralmente atrelados à tutela de direitos fundamentais, mas ainda assim redefinindo vagarosamente os limites entre os poderes¹²⁰³; e (c) uma judicialização “extraordinária”, a que chama de “*judicialização da megapolítica*” ou da “*política pura*” (“*the judicialization of mega or pure politics*”), e que transfere às cortes temas políticos de máxima relevância, notadamente as que tratam de legitimação do regime político ou que evocam a identidade coletiva, definindo e contraponto claramente posições políticas no cenário nacional. Dessa classe, são todos aqueles casos mencionados no parágrafo anterior.

É sobretudo no segundo nível — o da “*judicialization from below*” — que os tribunais modulam ou reparam atos e procedimentos político-administrativos por atentarem contra as garantias do processo/procedimento. É, pois, **onde mais frequentemente se manifesta o direito ao “procedural due process”** (i.e., a dimensão procedimental da “*due process clause*”), nas diversas formulações que as constituições lhe reservam¹²⁰⁴.

¹²⁰² Nessa linha está, p.ex., a extensão da garantia do “*due process of law*”, originalmente pensado na perspectiva dos tribunais, para as instâncias de controle, regulação e decisão administrativa (v., por todos, Vera Scarpinella Bueno, “*Devido processo legal...*”, pp.13-79; Vladimir da Rocha França, “*Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal*”, in *Devido Processo Legal...*, Lucia Valle Figueiredo, pp.187-226 — em abordagem mais *substantial* e mais *procedimental*, respectivamente). HIRSCHL não utiliza a palavra “colonização”, mas refere-se, adiante, à “**juridificação**” da vida moderna (*op.cit.*, p.724); e, pouco depois, opta pela expressão “*judicialização das relações sociais*” para designar esse primeiro nível (*op.cit.*, p.725).

¹²⁰³ Bom exemplo seria, no Brasil, a questão das algemas (um *aspecto menor* nas políticas de segurança pública, mas indissociável da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana), que deu origem à SV n. 11 e à qual já nos reportamos *supra* (STF, HC n. 91.952-SP; v. nota n. 1176). Nas palavras de HIRSCHL (*op.cit.*, pp.724-725), “*not a single week passes by without a national high court somewhere in the world releasing a major judgment pertaining to the scope of constitutional rights protections or the limits on legislative or executive powers. Of these, the most common are cases dealing with classic civil liberties, primarily criminal due process rights, various aspects of the rights to privacy, and formal equality [...]*”.

¹²⁰⁴ “**More often than not, such judicial involvement in public policy making is confined to procedural aspects, focusing on process rather than substance.** Drawing upon basic norms from contract law, constitutional law, and mainly administrative law, courts oversee and enforce the application of due process, equal opportunity, transparency, accountability, and reasonableness in public policy making. **It is therefore not surprising that judicialization of this type dominates the justice system itself, from civil procedure to criminal due process;** it is particularly noticeable in other process-heavy policy areas such as immigration, taxation, or public tenders. But it is also clearly evident in countless other areas, from urban planning and public health to industrial relations and consumer protection. Courts have also monitored important aspects of the privatization of government assets in the post-communist world. In short, the judicialization of public

V. O terceiro nível de judicialização, que inspira maiores cuidados, tem incidido mais frequentemente em algumas searas. HIRSCHL tenta categorizá-las: a judicialização de disputas e de processos eleitorais; o controle judicial das prerrogativas do Poder Executivo nos domínios do planejamento macroeconômico ou das políticas de segurança nacional (como, *e.g.*, no *affaire* Guantánamo¹²⁰⁵), combalindo a “*political question doctrine*”, pela qual tais problemas seriam da exclusiva discricção dos poderes políticos (Executivo e Legislativo)¹²⁰⁶; os dilemas fundamentais da Justiça Restaurativa (v., *infra*, tópico 23.2); a corroboração judicial de transformações em um dado regime político; e a judicialização das difíceis questões de formação de identidades coletivas (ou “*nation-building process*”). Quanto à última categoria, vejam-se, no Canadá, as intrincadas discussões constitucionais estabelecidas em torno do bilinguismo (“*bilingualism*”) e do futuro político da província de Quebec¹²⁰⁷; em Israel, tome-se a indagação sobre o que é ser judeu em um “*Jewish State*”; na Alemanha, veja-se o debate em torno do seu “*status*” pós-unificação — e nomeadamente o dos alemães orientais — no marco da emergente supranacionalidade política europeia; e, no Brasil, tome-se a polêmica questão quilombola (STF, ADI n. 3239, rel. Min. CEZAR PELUSO¹²⁰⁸). Todas essas disputas foram igualmente judicializadas.

policy making in most constitutional democracies, either through rights jurisprudence or administrative review, comes close to virtually ‘governing with judges’” (op.cit., p.726 — g.n.).

¹²⁰⁵ Cf. *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557, 2006). Voltaremos a ele.

¹²⁰⁶ Diga-se, por oportuno, que a derrocada da “*political question doctrine*” nos tribunais tem estado geralmente associada à **tutela judicial de direitos humanos fundamentais**, o que é sintomático da capacidade de inflexão que essa especialidade judiciária espraia em diversas direções. Foi assim, p.ex., em *Hamdan v. Rumsfeld*, nos EUA; e também foi assim no Canadá, em que a *Supreme Court of Canada* passou a rejeitar aquela doutrina sobretudo após a adoção da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), como se lê no paradigma *Operation Dismantle v. The Queen*. Cf. Hirschl, “*The new constitutionalism...*”, p.731. Cf., a respeito da origem e da evolução da “*political question doctrine*” (até pelo menos *Nixon v. United States*), Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: principles and policies*, 3rd ed., New York, Aspen, 2006, pp.129-149; por essa doutrina, “[a]lthough there is an allegation that the Constitution has been violated, the federal courts refuse to rule and instead dismiss the case, leaving the constitutional questions to be resolved in the political process” (p.129).

¹²⁰⁷ Hirschl, “*The new constitutionalism...*”, pp.735-744. O Canadá, a rigor, está discutindo democraticamente a sua própria dissolução (“*Quebec Secession Reference*”).

¹²⁰⁸ Na referida ação, o DEM questionou a constitucionalidade do Decreto n. 4887/2003, do Governo Federal, relativo ao processo de aquisição e titulação das terras dos remanescentes de quilombos (*ut* artigo 68 do ADCT), argumentando que (a) o decreto invadiria esfera reservada à lei ordinária; (b) o decreto criaria uma nova modalidade de desapropriação, não prevista em lei; (c) o decreto resumiria a identificação dos descendentes das comunidades quilombolas apenas ao critério da auto-atribuição, em prejuízo dos direitos de terceiros e da própria segurança jurídica; (d) o decreto sujeitaria aos “*indicativos fornecidos pelos próprios interessados*” a delimitação das terras a serem tituladas. O processo ainda pendia de julgamento definitivo em plenário (01/2011), mas é certo que os ministros terão de identificar, afinal, um “método constitucionalmente

Esse estado de coisas permite identificar, segundo HIRSCHL, os riscos de uma transição para o que chama de “*juristocracia*” (“*juristocracy*”), abalando o equilíbrio secular entre os poderes públicos. Risco esse, aliás, muito mais iminente do que aquele que mobilizou constitucionalistas anglo-americanos para apontar e justificar limites às ações do Poder Executivo na chamada “guerra ao terror” (“*war on terror*”). Sob tais premissas, o diagnóstico de HIRSCHL é obviamente crítico: do seu ponto de vista,

“the unprecedented involvement of courts in substantive political decision making is difficult to reconcile with some of the fundamental principles of canonical constitutional theory. [...] These questions of megapolitics — often dealing with the very definition of the nation as such — involve very high political stakes with little or no pertinent constitutional guidelines to address them. It is therefore hard to understand how, in responding to such questions, judges would be able to base their decisions on principles or considerations that are qualitatively different from principles or considerations that belong to the province of the legislative process or national referenda, and that might be better determined there”¹²⁰⁹.

Por fim, HIRSCHL pontifica que a judicialização da megapolítica — e, mais amplamente, o advento de sua “juristocracia” — não é primacialmente um fenômeno jurídico, mas sobretudo um fenômeno político; e como tal deve ser estudado¹²¹⁰.

Pelas razões expostas nos tópicos anteriores (de 11.1 em diante), iríamos mais longe. Antes ainda de ser um fenômeno político, é um fenômeno *sociológico*, próprio da pós-modernidade. Diríamos mesmo *sociopolítico*, em esforço de composição; mas decerto não é exclusiva ou sequer eminentemente político. Logo, não diz com *escolhas*; diz com condições culturais. São elas, afinal, mais que quaisquer outras — e mais que os próprios textos legais —, que determinam a maturidade democrática de um povo¹²¹¹.

legítimo” para o estabelecimento da identidade étnico-cultural dos *quilombolas* (i.e., os descendentes de escravos refugiados em quilombos brasileiros até finais do século XIX).

¹²⁰⁹ Hirschl, “*The new constitutionalism...*”, p.753.

¹²¹⁰ *Idem*, p.754.

¹²¹¹ Aliás, o próprio HIRSCHL parece admiti-lo, noutro texto, quando subscreve ROBERT DAHL: “*in maintaining democratic political institutions, constitutional arrangements — and bills of rights in particular — are less important than the existence of favorable sociocultural conditions*” (*Towards Juristocracy...*, p. 153).

Mas, dimanando efeitos tão portentosos nos sistemas jurídicos de todo o mundo, esse fenômeno sociopolítico deve conhecer equacionamentos *intrassistemáticos*, ou será para o jurista pouco mais que uma predição determinista. Ao menos na esfera jurídica, pode-se recusar esse determinismo; mas há que buscar alternativas. Se o novo equilíbrio soberano é inexorável (tópico 1.1.2) — como pensamos que é —, será preciso verificar se ele pode evoluir para algo melhor que uma “juristocracia” de viés despótico.

Nossa resposta é *positiva*. HIRSCHL identifica corretamente o problema, mas antecipa o seu desenlace com pendor pessimista, provavelmente porque, quando fala em “princípios fundamentais da teoria constitucional”, pensa ainda no constitucionalismo moderno, de perfil liberal-formal, tributário das obras de E. J. SIEYÈS e do próprio MONTESQUIEU. E, para a resposta positiva, o equacionamento jurídico pode seguir as pistas que ele próprio, HIRSCHL, engatilhou: **(a)** mesmo no “novo constitucionalismo”, é possível esquadrihar o sistema jurídico para identificar o que *não pertine* ao programa constitucional em vigor (no seu dizer, “*pertinent constitutional guidelines*”), estando na inteira esfera de discricionariedade do legislador, sem possibilidades razoáveis de intervenção dos tribunais; **(b)** sob um programa constitucional universal, não é preciso que legisladores e juízes baseiem suas decisões em princípios e considerações “qualitativamente diferentes”. Seus pressupostos de ação política (em acepção lata) podem, inclusive, coincidir. A questão é saber *em que espaço* e *sob que procedimentos* são validados. Se são ou podem ser validados em espaço público-dialógico, sob necessária e pública fundamentação jurídica, porque arrancam de valores, normas ou institutos constitucionais, então — e somente então — a palavra final caberá ao Judiciário.

VI. Poder-se-ia objetar, porém, que uma visão de poder como a descrita no tópico anterior — e testemunhada neste — anularia o nosso argumento final; e, por consequência, comprometeria o próprio sentido de existência dos parlamentos. Como pressuposto dessa objeção, uma única premissa (que aparentemente defluiria dos desdobramentos teóricos anteriores): *todo o Direito pode ser extraído da Constituição*, a um tempo carta de princípios e programa de ação do Estado. Ora, se todo o Direito pode ser extraído da Constituição, e se é do Judiciário a última palavra a respeito dos conteúdos normativos

constitucionais, então realmente *não haveria para o Legislativo qualquer espaço de discricionariedade legislativa*, restando-lhe ser absorvido pelos tribunais, qual apêndice do próprio sistema judiciário.

Ledo engano.

Argumento semelhante fora esgrimido por BÖCKENFÖRDE contra ALEXY, dentro das balizas de sua teoria dos direitos fundamentais (mas o debate pode ser ampliado para quaisquer linhas de jurisdição pós-positivista). BÖCKENFÖRDE alegou que a definição das normas de direitos fundamentais como normas-princípios — notadamente neste novo constitucionalismo, abrangente de direitos humanos de primeira, segunda, terceira e até quarta geração — geraria uma eficácia expansiva a todos os âmbitos jurídicos (conteúdos de proteção, de segurança social e de organização e procedimento), transformando-as nos princípios de maior hierarquia do ordenamento jurídico (a ponto de *absorvê-lo integralmente*). Noutras palavras, “*o ordenamento jurídico em seu conjunto está — no nível das normas de princípio com tendência de otimização — já contido na Constituição. Falta-lhe somente a concretização*”. A Constituição seria, portanto, o “ovo jurídico originário” (“*juristisches Weltenei*”) de ERNST FORSTHOFF, de onde dimanaria toda a restante normatividade, “do Código Penal à lei sobre fabricação de termômetros”; e, nessa medida, nenhuma liberdade restaria ao legislador, que não pudesse ser modulada ou coarctada pelos tribunais (ou, ao menos, pelas cortes constitucionais)¹²¹². Dar-se-ia — palavras de BÖCKENFÖRDE — a passagem do Estado de legislação parlamentar para o Estado jurisdicional¹²¹³ (ou, na feliz expressão de HIRSCHL, para uma “*juristocracia*”).

Em resposta que bem nos serve aqui, ALEXY esclareceu que a alternativa entre um Estado de legislação (em que se respeitam as diferenças e as autonomias dos poderes públicos) e um Estado jurisdicional (em que se elimina toda a “liberdade de configuração” do legislador — sendo, pois, incompatível com os princípios da democracia parlamentar e

¹²¹² Na dicção de ALEXY, “*el Legislador estaría condenado sólo a declarar, bajo vigilancia de la Jurisdicción, aquello que ya habría sido decidido por la Constitución*” (*Epílogo...*, pp.21-22)

¹²¹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp.185-190 (“*Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*”).

da separação de poderes) é um falso problema. A teoria dos princípios — que aqui perfilhamos (*supra*, §3º, n. IV; *infra*, tópico 2.4.1) — não implica necessariamente a concepção de uma ordem exauriente, no sentido de BÖCKENFÖRDE, mas uma *ordem-marco* (em seu modelo material-procedimental) e também uma *ordem fundamental*.

Como *ordem-marco* (ou *ordem-moldura*), as normas-princípios jusfundamentais realmente ordenam ou proíbem certas condutas ao legislador, tanto no plano formal (procedimental) como no plano material; mas, por outro lado, deixam ao largo de sua influência um sem-número de outras condutas, que não são ordenadas nem proibidas. Essas compõem o *espaço de discricionariedade legislativa*. Assim, no caso brasileiro, a ordem constitucional proíbe o legislador de instituir a pena capital em tempo de paz (limite material), como também o proíbe de emendar a Constituição sem que o texto seja aprovado nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, com maioria de três quintos dos votos dos respectivos membros (limite procedimental). Mas o legislador tem total discricionariedade para dispor, por exemplo, sobre os prazos de prescrição penal, aumentando-os ou reduzindo-os a seu talante, desde que não vulnere o núcleo essencial dos direitos de liberdade (*e.g.*, tornando virtualmente imprescritíveis crimes que não foram assim declarados pelo constituinte). Há, em resumo, um “*âmbito do constitucionalmente possível*”, que não foi circunscrito pela vontade material do poder constituinte originário e, portanto, não se submete à jurisdição constitucional dos tribunais¹²¹⁴.

¹²¹⁴ Robert Alexy, *Epílogo...*, p.22-30. Em outro estudo, ALEXY *exemplifica* essa afirmação com as hipóteses de cláusulas constitucionais de restrição a direitos fundamentais que incluem uma autorização ao legislador para que *ele próprio decida por qual princípio ou interesse prefere se orientar* (i.e., uma autorização para restringir legalmente direitos fundamentais a partir de princípios ou interesses cuja realização não é constitucionalmente “obrigatória”), como no caso do “princípio da manutenção e promoção dos ofícios manuais” (“*Prinzip der ‘Erhaltung und Förderung des Handwerks’*”) — i.e., artesanatos — e da sua regulamentação por meio de lei, à luz do artigo 12, 1, 2ª parte, da GG (v. *Theoria der Grundrechte*, p.119; *BverfGE* 13, 97 [110]: “*I. Der Befähigungsnachweis für das Handwerk ist mit dem Grundgesetz vereinbar*”). No Brasil, exemplo semelhante estaria no artigo 5º, XIII, da CRFB: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (g.n.); o legislador *pode*, a seu critério, estabelecer qualificações legais para o exercício de certas profissões (*e.g.*, médicos, advogados) e não fazê-lo para outras (*e.g.*, vendedores, atletas); há, porém, hipóteses restritas em que o legislador *não tem* esse espaço de discricionariedade, porque *não pode* estabelecer qualquer qualificação condicional, pela grandeza dos interesses jusfundamentais complexa e diretamente afetados (como recentemente decidiu o STF, recusando constitucionalidade ao DL 972/69 — que regulamentava no Brasil a profissão de jornalista —, em face da conjugação das garantias constitucionais da liberdade de profissão, da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa: STF, REX n. 511.961/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, v.m., j. 17.06.2009).

Como *ordem fundamental*, por sua vez, as normas-princípios jusfundamentais decidem e modulam as questões mais essenciais para a comunidade nacional, que podem e devem ser equacionadas pela Constituição. Tais são, por exemplo, questões como a forma de Estado, a forma de governo e o sistema de governo, além do próprio núcleo duro de direitos humanos fundamentais. Mas tampouco esgotam as esferas da juridicidade¹²¹⁵.

Naquele “âmbito do constitucionalmente possível”, existem *margens estruturais* e *margens epistêmicas* (v., *supra*, tópico 12.2, n. IV) dentro das quais o legislador pode agir com discricionariedade. Isso responde, pois, à questão de HIRSCHL sobre o que é ou não “pertinente” ao programa constitucional (e, logo, sobre o que pode ou não ser intrassistematicamente “contido” no ímpeto dos “*power hungry judges*” e das “*imperialist courts*”¹²¹⁶).

Entre as primeiras margens, de tipo *estrutural*, estão inclusas: (i) margens estruturais para a fixação de fins (quanto, p. ex., a norma de direito fundamental contém uma reserva competencial de intervenção em favor do legislador, mas não define ou não vincula as razões de intervenção); (ii) margens estruturais para a eleição de meios; e até mesmo (iii) margens estruturais de estrita ponderação de valores. Mesmo quando se restringem direitos fundamentais, *existem margens estruturais transitáveis* dentro dos marcos constitucionais de ponderação. Nesses limites, abre-se ao legislador uma série de opções, todas perfeitamente constitucionais, que não estão sob o crivo do Poder Judiciário. Tudo isso importa dizer, afinal, que “*a ponderação não é um procedimento que conduza necessariamente a um único resultado em cada caso*”¹²¹⁷. O Judiciário debelará o que é flagrantemente desproporcional, como também o que anular “*in abstracto*” determinado direito fundamental (ante a garantia de conteúdo essencial); mas não poderá se imiscuir em decisões políticas que, se ao julgador não parecem as melhores, tampouco desbordam dos lindes da razoabilidade constitucional (que, pouco a pouco, serão construídos, dialogicamente, na “*praxis*” normogenética em que interagem os três poderes públicos).

¹²¹⁵ *Idem*, pp.30-31.

¹²¹⁶ Hirschl, “*The new constitutionalism...*”, pp.753-754.

¹²¹⁷ Robert Alexy, *Epílogo...*, p.50.

Mas, para além das margens de ação estruturais, ALEXY identifica também margens de ação de tipo *epistêmico*, que se estabelecem quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou confiado ao legislador pelo plexo constitucional de normas jusfundamentais. Em tais casos, reza a *lei epistêmica de ponderação* (enunciada pelo próprio ALEXY): “*quando mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que a sustentam*”¹²¹⁸. O que significa que as incertezas resolvem-se em *desfavor* da restrição, internalizando-se como limite, em razão diretamente proporcional à gravidade da restrição pretendida pelo legislador. Mas, ainda assim, haverá uma margem de ação. Logo, por maior que seja a amplitude da jurisdição constitucional em matéria de colisão de princípios, jamais poderá ser exauriente.

Disso se conclui que não há — e nem haverá sob os atuais pressupostos teóricos — “juristocracia” em sentido absoluto. Apenas o desabrochar de um novo paradigma (*supra*, tópico 11.2, n. III), sob uma nova equação de forças (cada qual preservada em sua autonomia irredutível), tanto para o Estado de Direito como para o Poder Judiciário. Mais poderes, é certo; e, com eles, maiores responsabilidades. Os tribunais passam a dividir, com os demais órgãos de soberania, os louros e os agouros pelos rumos do Estado.

¹²¹⁸ *Idem*, pp.82-111 (especialmente p.94). Pouco antes, sobre a resolução das incertezas em favor do direito fundamental, pontuava: “*Em sentido contrario, la falta de certeza por sí misma no puede ser suficiente para fundamentar la existencia de un margen legislativo para hacer pronósticos, margen que escape al control de constitucionalidad*” (p.92).

§ 14º. “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*” E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

14.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONCEITO, ELEMENTOS E UBIQUAÇÃO

I. O tópico 12.2 (n. IV) permitiu-nos enunciar superficialmente um nexo de pertinência entre o “*substantive due process*” e o princípio (ou máxima) da proporcionalidade. Agora, resta explorá-lo. Com efeito, se o devido processo legal substantivo é a garantia pela qual ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, sem a *devida proporcionalidade* (afora os justos limites que a contêm, que dizem com a *indenidade dos conteúdos essenciais*, e o aspecto mutável dela indissociável, que diz com a *capacidade de aprendizagem* das normas jusfundamentais), é preciso estabelecer, para os efeitos desta Tese, o que se compreende por proporcionalidade.

Passemos a isto.

II. Uma primeira discussão a propósito deste tema diz com a sua própria natureza. O chamado “juízo de proporcionalidade” assentar-se-ia sobre um princípio, sobre uma regra, sobre uma máxima ou sobre um enunciado hermenêutico (i.e., um conjunto de “*criteria*” ou “*standards*”)? Noutras palavras, deveríamos dizer “princípio da proporcionalidade”, “regra da proporcionalidade”, “máxima da proporcionalidade” ou “enunciado da proporcionalidade”? A literatura especializada revela todos esses usos possíveis, especialmente na língua alemã (“*Prinzip*”, “*Regel*”, “*Grundsatz*”, “*Satz*”). Por qual optar? O título deste tópico obviamente já adianta nossa preferência pela expressão “*princípio da proporcionalidade*”. Mas cabe aqui algum comentário.

O leitor já terá percebido que temos nos filiado à dicotomia entre *normas-regras* e *normas-princípios*, tal como exposta por ROBERT ALEXY¹²¹⁹. É, de fato, a que melhor sistematiza a nomenclatura geral das espécies normativas na teoria geral do Direito, até porque se limita a uma única dicotomia; e, por isso mesmo, merecerá maiores cuidados abaixo (§ 24º). Sendo assim, seria natural que seguíssemos ALEXY em toda a sua nomenclatura. Optamos, porém, por abandoná-lo, quando os seus usos pareceram comprometer exatamente o que há de melhor em seu modelo, que é a clareza sistemática. É o que se passou neste caso. ALEXY não se refere à proporcionalidade como um *princípio*, no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras. Prefere utilizar a expressão “*Grundsatz*” (e não “*Prinzip*”¹²²⁰). No vocabulário comum, bem poderiam ser ambos — “*Prinzip*” e “*Grundsatz*” — traduzidos como “*princípio*”, mas, no vocabulário jurídico, se ALEXY optou por esta última e não por aquela primeira palavra, deve-se disso extrair algum sentido. Não por outra razão, o brasileiro VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, primeiro tradutor da obra para a língua portuguesa, asserta que “*Alexy evita denominá-la [a ideia de proporcionalidade] de princípio (‘Prinzip’), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra*”. Daí ter traduzido a expressão alemã por “*máxima da proporcionalidade*”, fiel à opção de ALEXY de “*intencionalmente usar dois termos distintos*”¹²²¹.

Com essa opção, porém, teríamos de trabalhar, neste estudo, com três conceitos distintos: *norma-regra*, *norma-princípio* e *máxima*. Ou talvez até com um quarto — o de *enunciado* —, se adiante, em relação ao direito geral de igualdade, seguíssemos SILVA¹²²²

¹²¹⁹ *Theoria der Grundrechte*, pp.71-99.

¹²²⁰ Autores mais recentes, ao contrário, têm manifestado preferência pela expressão “*Verhältnismäßigkeitsprinzip*”, inclusive fora da Alemanha. V., por todos, Christiana Pollak, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, *passim*.

¹²²¹ “*Nota do Tradutor*”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p.10. O próprio tradutor, porém, houvera optado pela expressão “*regra*” (“*regra da proporcionalidade*”), em um de seus escritos anteriores (Luís Virgílio Afonso da Silva, “*O proporcional...*”, pp.23 e ss.).

¹²²² *Idem*, p.11. Na tradução inglesa de JULIAN RIVERS, “*Satz*” foi mesmo traduzido como “*princípio*”; já na tradução castelhana de GARZÓN VALDÉS, aparece como “*máxima*” (o que revela, uma vez mais, as confusões que a introdução dessas novas nomenclaturas pode gerar). V., respectivamente, Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, *passim*; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, *passim*.

e novamente optássemos pela diferenciação (porque ALEXY empregou, neste caso, a expressão “*Gleichheitssatz*”¹²²³ — i.e., não utilizou, na formação do vocábulo, nem a expressão “*Prinzip*”, nem a expressão “*Grundsatz*”, mas a expressão “*Satz*”). Perder-se-ia a clareza dicotômica em favor de distinções que, “*venia concessa*”, não estão claras sequer na obra de ALEXY.

Preferimos, pois, entrever na ordem jurídica constitucional, como CANOTILHO¹²²⁴, duas ordens distintas de *princípios*: os ***princípios jurídicos*** e os ***princípios hermenêuticos***. Com efeito, se os princípios em geral têm três funções básicas (*função hermenêutica* — para estabelecer o sentido e o alcance de outras normas —, *função integrativa* — para colmatar lacunas do sistema — e *função normativa* ou *deontológica* — para estabelecer diretamente comandos de conduta¹²²⁵), há alguns princípios que, por sua natureza, *não têm função normativa* própria, prestando-se basicamente à interpretação/aplicação de normas-regras e/ou de normas-princípios. E, porque não comandam diretamente condutas, realmente não adentram à classificação de ALEXY (princípios *v.* regras), pois *não são normas*. Nada obstante, *integram o sistema jurídico*, na condição daquilo que FERRAZ JR. denomina como “*regras de calibração*”¹²²⁶. É essa, p. exemplo, a natureza do princípio da máxima efetividade, já referido acima (tópico 12.2, n. III), como também é a do princípio da proporcionalidade. Sua função é eminentemente *retórico-argumentativa*, permitindo denotar a “*ratio legis*” de uma disposição ou revelar normas que não estão expressas em qualquer enunciado legislativo; não há, porém, função normativa estrita (i.e., não são normas de conduta). É, pois, um **princípio instrumental**,

¹²²³ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.373 e ss.

¹²²⁴ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1087.

¹²²⁵ Cf., por todos, Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, pp.44-45. Na *função normativa* ou *deontológica*, estamos incluindo outras que usualmente lhes são atribuídas, como a *fundamentadora* (ou *legitimadora*) e a *limitativa* (no sentido de que diminuem o âmbito de discricionariedade judicial e vinculam o legislador). Já não cabe mais falar, por outro lado, que os princípios jurídicos têm função normativa meramente *subsidiária*, como ainda se lê em legislações antigas (e.g., artigo 4º da LIND, artigo 8º da CLT); uma interpretação conforme desses preceitos deve revelar, nessa aparente “subsidiariedade”, apenas a função *integrativa*.

¹²²⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1991, pp.175-179. Segundo FERRAZ JR., são as *regras de calibração* que conferem coesão ao sistema jurídico e ao mesmo tempo permitem-lhe os atributos da flexibilidade, da rigidez, da estabilidade e/ou da transformação, conforme seus conteúdos. Tais regras são construídas pela jurisprudência, pela doutrina e pelos costumes, ou mais inadequadamente pelo próprio legislador; e, como se dá com o princípio da proporcionalidade (que parece não possuir uma “classe” à qual pertença), “*não chegam a formar um conjunto coerente, estão dispersas no sistema e são produzidas de diferentes modos*”.

intrassistemático, dotado de algumas das características gerais das próprias normas-princípios (e.g., o elevado grau de abstração e o baixo grau de determinabilidade, demandando intervenções mediadoras do legislador ou do juiz). Por isso, releva que, por aproximação, seja denominado de *princípio*; mas de *princípio hermenêutico*, insista-se, por não ser propriamente uma *norma jurídica* (i.e., não perfaz um *princípio jurídico*, a desempenhar integralmente aquelas três funções acima descritas).

E é *princípio hermenêutico*, acrescente-se, na medida em que pode ser instrumentalizado para a *interpretação/aplicação do Direito*, e não (apenas) para a *interpretação*. Isso se diga porque, para alguns dos grandes, a atividade interpretativa limitar-se-ia à reconstrução e à qualificação dos interesses ou bens conflitantes como modo de atribuir sentido aos respectivos textos normativos, enquanto a ponderação “*proprio sensu*” iria muito além, aproximando-se do fenômeno da *aplicação*, ao elaborar critérios de ordenação para, à vista dos dados normativos e factuais do caso, descobrir a solução mais justa para o litígio. O princípio da proporcionalidade realiza, a rigor, algo das duas coisas.

Daí porque, antes e doravante, designamos a proporcionalidade como *princípio*.

III. Quanto ao seu **conceito**, aos seus **elementos** e à sua **ubiquação**, o primeiro registro importante é o de que a ideia de proporcionalidade tem sua origem contemporânea no direito norte-americano, justamente como expressão manifesta do “*substantive due process*”¹²²⁷. Entretanto, foi incorporado e desenvolvido pelos alemães, sob a expressão

¹²²⁷ Sobre a anterioridade da jurisprudência norte-americana em sede de proporcionalidade e de concordância prática, citando C. J. ANTIEAU, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1150 e nota n. 20 (identificando a concordância prática como um antigo “*canon of constitutional construction*” das cortes estadunidenses, muito anterior à obra de KONRAD HESSE). V. também toda a jurisprudência da fase do “*non-economic due process*” no tópico 10.1.5.3 (sem jamais se empregar, todavia, o termo “*proportionality*” ou equivalente); e, por fim, num sentido mais restrito e processual, toda a jurisprudência norte-americana em torno da *razoabilidade* da dúvida no âmbito criminal, a determinar a absolvição/condenação do réu (v., e.g., *Neelley v. Nagle*, *Lindh v. Murphy* e, por todos, *Wright v. West*, 505 U.S. 277-287, 1992). De fato, há *juízo de proporcionalidade* quando a *U.S. Supreme Court* examina uma lei federal ou estadual usando os critérios sucessivos do “*rational basis review*”, do “*intermediate scrutiny*” e do “*strict scrutiny*”; por esse derradeiro *standard*, sopesam-se os interesses do governo e os direitos ou princípios constitucionais contrapostos, sempre que esses últimos colidem com o modo como se perseguem aqueles primeiros. A noção mesma de “*levels of judicial scrutiny*” foi introduzida pela famosa *nota de rodapé n. 4* (“*footnote 4*”) do *case United States v. Carolene Products* (304 U.S. 144, 1938) — ora atribuída ao Justive STONE, ora ao seu então assistente, LOUIS LUSKY —, ainda no contexto do *New Deal* de ROOSEVELT (logo, antes de o *BVerfG*

“*Verhältnismässigkeitsprinzip*” ou “*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*” (da locução “*Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*” — v. n. II, *supra*). Em 1971, o *BVerfG* reconheceu, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei com base no princípio da proporcionalidade.

Como dissemos alhures¹²²⁸, esse princípio veicula essencialmente a ideia de que, na “esfera de conformação” do legislador (“*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*”) — e, por extensão, no âmbito de atuação criativa dos demais poderes públicos —, o **excesso** pode configurar a *ilegitimidade constitucional* de uma dada providência ou de sua abstenção, por derivação do *princípio do Estado de Direito*¹²²⁹, que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que, afinal, se prestam (e por isso há quem também o denomine, por sinédoque, como “*Übermaßverbot*”, i.e., “proibição de excesso”; mas uma concepção mais exata e abrangente haveria de alcançar também a “*Untermaßverbot*”, i.e., a “proibição de insuficiência”). Isso significa que toda providência oficial (i.e., posta com “*auctoritas*”), ao restringir direitos fundamentais, admite apreciação material à luz dos fins sociais a que se destina e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se então de saber se a medida restritiva

consolidar suas doutrinas sobre o “*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*”). Mais recentemente, v. ainda *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214, 1944), em que a *U.S. Supreme Court* **validou**, sob “*strict scrutiny*”, a *Executive Order 9066*, pela qual o Governo Federal ordenou a segregação de nipo-americanos em campos de internação durante a Segunda Guerra Mundial, e a validou sob o argumento de que “*Korematsu was not excluded from the Military Area because of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and, finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders — as inevitably it must — determined that they should have the power to do just this*” (Justice BLACK). Temia-se sobretudo que os descendentes de japoneses praticassem espionagem e comprometessem os planos norte-americanos na Guerra do Pacífico. A polêmica decisão contou com o voto divergente do Justice FRANK MURPHY, para quem a medida “*falls into the ugly abyss of racism*”, o que evocava, paradoxal e tragicamente, “*the abhorrent and despicable treatment of minority groups by the dictatorial tyrannies which this nation is now pledged to destroy*”... Tudo a revelar que a questão se estruturou e se equacionou quase exclusivamente sobre *juízos de ponderação* que opunham os direitos individuais dos nipo-americanos aos interesses de Estado tutelados pela medida.

¹²²⁸ *Direito à prova...*, p.50 e ss.

¹²²⁹ O argumento que deriva o princípio da proporcionalidade do próprio Estado de Direito foi assentado pelo *BVerfG* em março de 1971. Sobre essa jurisprudência e o seu desenvolvimento posterior, cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp.38-54. Cf. ainda, nesse mesmo sentido, *BVerfGE* 90, 145 (173); *BVerfGE* 92, 277 (317).

guarda, com os seus fins legítimos, uma relação de **adequação** (“*Geeignetheit*”) e de **necessidade** (“*Erforderlichkeit*”). Assim, haverá violação desproporcional de um direito humano fundamental, por desconformidade com o princípio da proporcionalidade, sempre que se constatar, em um ato de autoridade que o restrinja de algum modo, relação de *contraditoriedade, incongruência, irrazoabilidade* ou *inadequação* entre meios e fins¹²³⁰.

Dissecando-o mais adequadamente, ALEXY¹²³¹ esclarece que há **três elementos** ínsitos ao juízo de proporcionalidade, a saber, a **adequação** (ou **idoneidade**), a **necessidade** (ou **exigibilidade**) e a **proporcionalidade em sentido estrito**. Esses três elementos é que definem, na casuística concreta, o que se deve entender por “*otimização*”, quando se diz — de acordo com a teoria dos princípios — que princípios jurídicos são *mandados de otimização* (“*Optmierungsgebot*”). São, portanto, conceitos visceralmente conectados em ALEXY: a sua teoria dos princípios (*infra*, §24º) e o conceito mesmo de proporcionalidade, sem o qual não se equacionam adequadamente colisões de normas-princípios (como amiúde se dá em sede de direitos humanos fundamentais).

Os elementos — ou (sub)juízos — da *adequação* e da *necessidade* têm por finalidade assegurar a maior realização possível do princípio ou do direito restringido, “*de acordo com as possibilidades fáticas*” e sempre na relação *meio-fim*. Assim, p.ex., em *BVerfGE* 19, 330 (338 e ss.), narra-se que um cabelereiro instalou uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento, sem permissão administrativa, e por isso foi multado: não observara a lei sobre comércio varejista que regulava a matéria. Mas tal lei exigia do requerente, para obter a permissão, que demonstrasse a “*expertise*” necessária, por meio de curso profissionalizante, experiência de longos anos ou um exame especial. Acorrendo às barras dos tribunais alemães, o cabelereiro derrubou a imposição que lhe fora imposta, ante o entendimento do *BVerfG* de que a exigência de prova de *expertise* para o comércio de qualquer mercadoria (inclusive cigarros) violava desproporcionalmente a liberdade de profissão assegurada pelo artigo 12, 1 da *GG*: houvera *inadequação* da lei local, porque a exigência legal de uma “*prova de competência comercial*” não era capaz de

¹²³⁰ Hans Schneider, “*Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*”, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, v. 2, pp.390-391.

¹²³¹ Robert Alexy, *Epílogo...*, pp.38 e ss.

proteger o consumidor contra prejuízos econômicos ou à sua saúde (e era essa, afinal, a finalidade da lei).

Já a *proporcionalidade em sentido estrito* “*expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes*”, i.e., corresponde à *lei de ponderação*, pela qual “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro*”. Trata-se de um juízo puramente ético (na verdade, *jurídico-axiológico*, por envolver direitos, interesses e valores). Assim, num primeiro momento, cabe avaliar qual o grau de não satisfação ou afetação de um dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um peso; num segundo momento, avalia-se qual a importância relativa da satisfação do direito colidente, atribuindo-lhe igualmente um peso; e, por fim, num terceiro momento, avalia-se — cotejando os pesos — se a importância da satisfação deste último direito justifica ou não justifica a afetação ou não satisfação daquele primeiro. Se a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *positivo* (i.e., as restrições impostas pela lei são constitucionalmente legítimas); se não a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *negativo* (e a lei será inconstitucional por intervenção excessiva ou insuficiente, conforme o caso).

ALEXY não nega que o juízo de proporcionalidade albergue um procedimento de resultados múltiplos (porque “*a ponderação não é um procedimento que, em casa caso, conduza exatamente a um mesmo resultado*”). Mas, por outro lado, nega-lhe a pecha de irracionalidade, sugerindo, inclusive, um modelo matemático indicativo de tais juízos¹²³².

Pensando nos juízos *judiciais* de proporcionalidade, GONZALES-CUELLAR SERRANO¹²³³ advoga, por sua vez, uma estrutura ainda mais complexa para o princípio em testilha. Segundo o autor espanhol, o princípio da proporcionalidade assenta-se em dois pressupostos, um, *formal* — que corresponde ao *princípio da legalidade* — e outro, *material* — que corresponde ao *princípio da justificação teleológica*.

¹²³² Robert Alexy, *Theorie...*, pp.143-154 (fórmulas e gráficos aparecem às pp.141, 143, 147-148, etc.).

¹²³³ Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pp.69-71, 99-103, 109-113, 141-143 e 153-242.

O primeiro pressuposto exige que toda medida limitativa de direitos fundamentais se encontre revista na *lei* (sendo certo que, em alguns ordenamentos, as restrições legais só são válidas se contarem com expressa autorização constitucional — *e.g.*, artigo 18º, 2, da CRP). O segundo pressuposto implica a coexistência de uma série de *requisitos*, extrínsecos e intrínsecos. São requisitos extrínsecos a *judicialidade* (dita *requisito extrínseco subjetivo*, pela chancela subjetivada na atuação do órgão jurisdicional) e a *motivação* (dito *requisito extrínseco formal*). Requisitos intrínsecos, por sua vez, são aqueles historicamente talhados pelo direito alemão, já referidos com ALEXY: a *adequação* (“*Geeignetheit*”) e a *necessidade* (“*Erforderlichkeit*”), ao lado da chamada *proporcionalidade em sentido estrito* (“*Grundsatz der Proportionalität* ou *Grundsatz des Angemessenheits*”), à qual correspondem expressões como “ponderação de direitos” e “concretização”. Esses derradeiros elementos seriam, por assim dizer, a “alma” do princípio geral da proporcionalidade.

A ideia da *justificação teleológica* liga-se à noção de que as restrições de direitos e liberdades só se justificam quando orientadas para um **fim legítimo** e desde que os meios empregados para alcançá-lo sejam adequados, proporcionais e — na expressão da Comissão Europeia de Direitos Humanos — “*necessários em uma sociedade democrática*”. Se o fim a que se destinam as medidas restritivas não é legítimo, ou se é irrelevante, ou se as restrições a direitos fundamentais não são necessárias para a consecução daquele fim, ou ainda se não é razoável sacrificá-los em vista do fim visado, então o juízo de proporcionalidade há de ser negativo.

O requisito da *judicialidade* decorre da constatação de que as constituições contemporâneas costumam impor a decisiva intervenção de um órgão judicial para a limitação dos direitos fundamentais. Assim se dá, no Brasil, com certas restrições possíveis à inviolabilidade domiciliar, ao sigilo das comunicações e à liberdade corporal-espacial (artigo 5º, XI, XII e LXI, da CRFB); em Portugal, com certas restrições à liberdade corporal-espacial e à inviolabilidade domiciliar (artigos 27º, 3, e 34º, 3, da CRP); e na Espanha, *p.ex.*, com as restrições ao direito de liberdade, à inviolabilidade domiciliar, ao sigilo das comunicações, à liberdade de expressão e ao direito de associação (artigos 17, 2 e

4, 18, 2 e 3, 20, 5, e 22, 4, da Constituição espanhola), como também com as restrições à própria integridade física da pessoa (uma vez que o Tribunal Constitucional espanhol vem entendendo que as ingerências estatais consistentes em intervenções corporais estão reservadas à autoridade judicial¹²³⁴).

A *motivação* é um requisito extrínseco formal, cuja imposição — que, em alguns casos, tem base constitucional (veja-se, *e.g.*, o artigo 93, IX, da CRFB, e artigo 205º, 1, da CRP) — deflui de três fundamentos cardeais: **(a)** o interesse público na proteção direta dos direitos fundamentais dos cidadãos; **(b)** o controle da atividade jurisdicional pelas instâncias superiores e/ou pelos órgãos de fiscalização; **(c)** o convencimento das partes e dos cidadãos em geral acerca de sua correção e justiça ou, no limite, a demonstração de que a aplicação do direito vigente fez-se livre de quaisquer arbitrariedades (ainda que não se concorde com a “*ratio decidendi*”).

Os requisitos intrínsecos — que, vimos, conformam a “alma” do princípio geral da proporcionalidade — conduzem aos diagnósticos definitivos nos casos de colisão de direitos humanos fundamentais. Já os requisitos extrínsecos são, a rigor, apenas *pressupostos de validade* dos (sub)juízos de adequação, necessidade e ponderação. Esses, efetivamente, determinam (ou não) um juízo positivo de proporcionalidade. Aqueles outros — os requisitos extrínsecos — são necessários, mas não suficientes à formação de tal juízo; ou, por vezes, sequer são necessários (assim, *e.g.*, será dispensável a *judicialidade* quando o sistema jurídico-positivo não exigir autorização judicial para restrições administrativas a posições jusfundamentais; pense-se, *p.ex.*, nas legislações municipais de zoneamento urbano, que limitam diretamente o direito de propriedade, circunscrevendo a atividade comercial a determinadas áreas).

E, quanto aos tais requisitos intrínsecos, GONZALES-CUELLAR SERRANO não destoa de ALEXY. Vejamos.

¹²³⁴ Cf. Gonzales-Cuellar Serrano, *op.cit.*, p.110 e pp.285-310. Cf. ainda a *Sentencia TC* n. 37/1989 (*Sala primera*), *Recurso de Amparo* n. 235/87, *pon.* Francisco Rubio Llorente, 15.02.1989, in BOE n. 52 (*Suplemento*), 02.03.1989, pp.17-22 (disponível em http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_037_1989.pdf, acesso em 03.08.2005).

A *adequação*, para ele, é um critério de caráter empírico que faz referência, em uma perspectiva tanto objetiva quanto subjetiva, à *causalidade hipotética* entre as medidas restritivas e os fins prosseguidos. Para que as restrições sejam lícitas, devem ser ingerências que *garantam* ou razoavelmente *facilitem* a obtenção de êxito na finalidade visada. Para um juízo positivo de adequação, é necessário que a medida restritiva seja adequada *qualitativamente, quantitativamente* e desde um panorama *subjetivo*.

Ao elemento da *necessidade* denomina-se também de *intervenção mínima* ou *subsidiariedade*. É um elemento que rebenta do princípio geral da proporcionalidade e concorre para *otimizar* as garantias da pessoa, abonando o máximo grau de eficácia dos direitos individuais frente às limitações que lhes possam ser impostas pela autoridade, no exercício dos poderes públicos. Induz a uma *seleção depurativa*: obriga os órgãos públicos a confrontarem as várias medidas restritivas aplicáveis, suficientemente idôneas para a satisfação do fim perseguido, e a elegerem, na sequência, a que seja *menos lesiva* para os direitos fundamentais do cidadão (= proibição de excesso).

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* corresponde à *concretização* das preponderâncias casuísticas, levada a efeito mediante uma *ponderação estrita* (= pura) *de direitos, bens e valores* em colisão. Põe-se a terceira fase do juízo de proporcionalidade, após admitidas a adequação e a necessidade de uma medida restritiva,

“com o fim de determinar, mediante a utilização das técnicas de contrapeso de bens ou valores e a ponderação dos interesses segundo as circunstâncias do caso concreto, se o sacrifício dos interesses individuais que comportam a ingerência guarda uma relação razoável ou proporcionada com a importância do interesse estatal que se trata de salvaguardar”¹²³⁵.

O elemento da proporcionalidade estrita impõe, a um tempo, um juízo *valorativo* (rastream-se e identificam-se valores) e um juízo *comparativo* (sopesam-se fatos e valores). Ao operá-lo, o hermeneuta abstrai-se do mundo das coisas e se projeta no mundo dos valores, para aí ponderar sobre as teses axiológicas que melhor comporão a

¹²³⁵ Gonzales-Cuellar Serrano, *op.cit.*, p.225.

“*Fallnorm*”; mas não o fará em livre exercício filosófico, pois deverá se estribar no conjunto dos *atos* que, concretamente, precipitaram o conflito entre direitos, bens e/ou valores juridicamente relevantes. Obviamente, esse juízo de proporcionalidade estrita tomará em consideração, no contrapeso de bens e interesses (“*Güter-interessabwägung*”), o *panteão de bens e valores constitucionais*, porque esses terão, nos juízos concretos, a máxima proeminência. Assim, sobrevalorar-se-ão os interesses estreitamente ligados ao direito à vida (como é a identidade biológica e a subsistência pessoal), em detrimento de outros valores que, se importantes do ponto de vista cultural, não têm sede constitucional (como, *e.g.*, a orientação sexual¹²³⁶) — e isso independentemente das concepções ideológicas do juiz, o que acresce ao sistema boas doses de segurança jurídica. Para efeito de balizamento nesse (sub)juízo particular, chegamos a esboçar, noutro estudo, uma verdadeira **hierarquização** dos bens e valores¹²³⁷.

Convém registrar, por fim, que as fases externa e interna do juízo de proporcionalidade não podem ser procedidas a esmo ou aleatoriamente. Ao contrário, importa que os requisitos extrínsecos — se houver — sejam examinados *antes* dos requisitos intrínsecos; e, que, entre esses últimos, a análise da adequação (que comporta um *juízo absoluto*) preceda a análise da necessidade (que comporta um *juízo comparativo*), a preceder, por sua vez, a análise da proporcionalidade em sentido estrito¹²³⁸. Desse modo, preservar-se-á sempre a lógica interna que justifica a aplicação trifásica do princípio.

Em sentido muito semelhante ao exposto até aqui, HESSE vale-se do conceito de **concordância prática** (“*praktischer Konkordanz*”) para enunciar um princípio que, no cotejo com a visão analítica de ALEXY, mais se ajustaria ao terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, a saber, a *proporcionalidade em sentido estrito* (já que a *harmonização* de direitos e interesses colidentes diz sobretudo com um refinado *equilíbrio de pesos* que pressupõe juízos éticos, não juízos fáticos). Leia-se, no original:

¹²³⁶ Cogitamos, aqui, dos polêmicos casos de adoção de menores por *casais homossexuais* — notadamente em países nos quais manter a criança sob a guarda do Estado é forçosamente carrear-lhe uma qualidade de vida *inferior* à que teria no lar dos pretendentes.

¹²³⁷ Cf. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, *passim* (especialmente pp.189 e ss.; e, nas conclusões finais, o §10º).

¹²³⁸ Luís Virgílio Afonso da Silva, “*O Proporcional...*”, pp.34-35.

“Die Aufgabe praktischer Konkordanz erfordert die ‘verhältnismäßige’ Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern [...]: bei der Interpretation verfassungsmäßiger Begrenzungen oder der Begrenzung auf Grund eines Gesetzesvorbehalts geht es darum, beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen. Da die Grundrechte, auch soweit sie unter Gesetzesvorbehalt stehen, zu den Wesensbestandteilen der verfassungsmäßigen Ordnung gehören, darf diese Verhältnisbestimmung niemals in einer Weise vorgenommen werden, die eine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit im Leben des Gemeinwesens beraubt”¹²³⁹.

Na Alemanha, com efeito, tem-se derivado o princípio da proporcionalidade do artigo 2º, 1, da GG, pelo qual “*todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, sempre que não vulnerem direitos dos outros e nem atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral*”¹²⁴⁰. Mas essa é apenas a sua “pista semântica”: não se trata de um princípio exposto. Por isso, a maior parte da doutrina alemã confere ao princípio da proporcionalidade (ou às suas variações) o “*status*” de ***norma constitucional não escrita*** ou ***implícita*** (derivada, como visto, do princípio do Estado de Direito), cujas aplicações incluem o controle material da constitucionalidade das leis, bem como a calibragem e a composição dos litígios concretos que envolvem colisões entre direitos e interesses fundamentais¹²⁴¹.

¹²³⁹ Konrad Hesse, *Grundzüge...*, p.132.

¹²⁴⁰ “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt” (g.n.). Interessante registrar, porém, que o *Projeto de Constituição* elaborado na Conferência de Herrenchiemsee (1948) continha, em seu artigo 21, 4, um preceito que praticamente *positivaria* o princípio da proporcionalidade na ordem jurídica alemã, ao menos em relação a alguns valores-referência. Dispunha que “[e]ine Einschränkung der Grundrechte ist nur durch Gesetz und unter der Voraussetzung zulässig, daß es die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit zwingend erfordert” (“Uma restrição a direitos fundamentais só é permitida por meio de lei e sob a condição de ser absolutamente necessária em face da segurança pública, da moralidade ou da saúde”).

¹²⁴¹ Cf., por todos, Hesse, *Grundzüge...*, pp.28-29 e 132 e ss. *In verbis*: “In engem Zusammenhang damit [Prinzip der Einheit der Verfassung] steht das Prinzip praktischer Konkordanz: verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der verfassungsrechtlichen Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in von ihnen in vorschneller “Güterabwägung” oder gar abstrakter “Wertabwägung” eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können” (pp.28-29). O “princípio da concordância prática” de HESSE, se não se confunde com o princípio da proporcionalidade, é o seu principal consectário, a saber, a **proporcionalidade em sentido estrito** (*op.cit.*, p.132).

Em Portugal, o princípio da proporcionalidade é geralmente reconhecido no artigo 18º, 2, da CRP, que admite a restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais por meio de *lei*, nos casos expressamente previstos na Constituição e sempre nos limites das necessidades de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Já na esfera da União Europeia, o princípio ganharia positividade geral com o artigo II-112º da malograda Constituição Europeia¹²⁴², caso entrasse em vigor:

“1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do **princípio da proporcionalidade**, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros” (*g.n.*).

No Brasil, o texto constitucional não autonomizou o princípio da proporcionalidade, obrigando a jurisprudência a derivá-lo, amiúde, do princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB) na sua dimensão substantiva. É, pois, um **princípio constitucional implícito** da ordem jurídica brasileira, imanente à própria “*due process clause*” (ao contrário do caso alemão, em que não há consagração expressa do “*due process of law*” e o “*Verhältnismässigkeitsprinzip*” decorre da norma geral de desenvolvimento e indenidade do artigo 2º, 1, da GG). É o que tem dito o Supremo

¹²⁴² Ou “*Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*”. O tratado malogrou após a rejeição de seu texto pela França, em referendo de 29.05.2005, e depois pelos Países Baixos, em 1º.06.2005; subsequentemente, foi substituída pelo *Tratado de Lisboa* — ou “*Tratado Reformador*” —, assinado pelos Estados-membros da UE em 13.12.2007, e que deveria ter sido ratificado por todos os Estados até 2008 (o que não se conseguiu, desta feita, pela rejeição do eleitorado irlandês, depois revertida em um segundo referendo, no ano de 2009). Cuida-se, no texto principal, da sua Parte II — que incorporava a “*Carta dos Direitos Fundamentais da União*”) —, nos termos do Documento n. CIG/87/2/04 REV 2, de 29.10.2004. Dessa previsão, restou, ao ensejo do Tratado de Lisboa, apenas uma referência residual no final do artigo 5º do “*Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade*” na UE: “[...] Os projetos de atos legislativos têm em conta a necessidade de assegurar que qualquer encargo, de natureza financeira ou administrativa, que incumba à União, aos Governos nacionais, às autoridades regionais ou locais, aos agentes económicos e aos cidadãos, seja o menos elevado possível e seja **proporcional** ao objetivo a atingir” (*g.n.*). A “proporcionalidade”, nas relações políticas entre os Estados e a UE, tem outra conotação: impõe que “o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados” (artigo 3º-B, 4, do Tratado da União Europeia, já com a redação do Tratado de Lisboa); e, no texto integral final, só se desce à necessidade do **cidadão** (*rectius*: pessoa), configurando a proporcionalidade no sentido deste tópico, naquele único preceito.

Tribunal Federal, com relativa frequência (v., *infra*, tópico 15.4)¹²⁴³. Por exemplo, em decisão monocrática que denegou pedido de suspensão de segurança concedida contra ato administrativo do Poder Executivo Federal, CELSO DE MELLO reconheceu explicitamente a substância constitucional do princípio da proporcionalidade e ainda realçou a sua importância para todos os Estados Democráticos de Direito. Àquela altura, a União pretendia obter do STF a suspensão de *writ* concedido pelo TRF da 1ª Região, a pedido de Philip Morris Brasil S/A, contra uma norma regulamentar que limitava a quantidade de unidades de cigarro em um mesmo maço ou pacote. O pedido de liminar foi indeferido em decisão do ano de 1999, com fundamento no princípio da proporcionalidade — que,

essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, **proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder**, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* [...]. Como precedentemente enfatizado, **o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes**, notadamente no desempenho da atividade legislativa e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como **verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais**. [...] Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tisonada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o

¹²⁴³ Cf., nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, “*O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*”, in *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, IOB/Thomson, 2000, n. 14, pp.361-372; ou ainda em *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, agosto/2001, v. 1, n. 5, pp.01-25 (disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 08.02.2010). MENDES, porém, deriva a proporcionalidade do princípio do Estado de Direito, como os alemães. V. também Paulo Bonavides, *Curso...*, pp.395-396; Willis Santiago Guerra Filho, “*Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*”, in *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau, Willis Santiago Guerra Filho (org.), São Paulo, Malheiros, 2001, p.278 (ambos derivando a proporcionalidade do artigo 5º, §2º, da CRFB). No sentido oposto, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*O proporcional...*”, pp.43-45) sustenta que a exigibilidade do juízo de proporcionalidade para a solução de contextos de colisão entre direitos fundamentais não decorre de nenhum dispositivo ou preceito constitucional, expresso ou implícito, mas da própria *estrutura* dos direitos fundamentais (“*Se se aceita [...] a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação*”) — o que lhe retiraria, por conseguinte, o seu caráter universal, até agora incontestado em nossa doutrina: o princípio da proporcionalidade aplicar-se-ia apenas a colisões de direitos fundamentais, não sendo “inerente” ao Estado de Direito e tampouco aplicável a toda e qualquer situação de conflito normativo.

Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário¹²⁴⁴.

Trata-se, portanto, de um **princípio instrumentalizado para a inibição do arbítrio do poder público e para a ponderação racional dos valores que os seus órgãos devem mediar** (o que, evidentemente, inclui os órgãos do Poder Judiciário — que, afinal, ditam a “*Fallnorm*” de FIKENTSCHER, i.e., a “norma” do caso concreto¹²⁴⁵). E, quanto à sua estrutura, pode-se dizer que o veredicto de proporcionalidade pressupõe, internamente, *dois juízos fáticos* (o de *adequação* e o de *necessidade*) e *um juízo jurídico-axiológico* (o de *proporcionalidade em sentido estrito*). E por ser isso o que mais releva, seguiremos apenas com os requisitos intrínsecos, abandonando, doravante, a dimensão externa do princípio (= requisitos extrínsecos).

IV. As questões que reclamam a mediação do princípio da proporcionalidade, se normalmente se vinculam ao Direito Constitucional (*supra*), não se exaurem no seu âmbito. No plano do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade surgiu no direito de polícia administrativa e daí se estendeu para todos os outros setores. Toma-se a proporcionalidade como limite externo imposto às potestades da Administração na adoção e na execução de atos administrativos, sejam eles *gerais* (como no caso dos cigarros brasileiros, logo acima: dessa natureza são os decretos, os regimentos, as portarias, as circulares, os regulamentos, etc.), sejam atos *individuais* (o que levou ao aprofundamento do controle judicial do exercício de poderes administrativos *discricionários*¹²⁴⁶). Essa

¹²⁴⁴ Suspensão de Segurança n. 1.320/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, 14.04.1999, in DJ 14.04.1999, item n. 524 (g.n.).

¹²⁴⁵ Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, v. IV, pp. 202 e ss. A *Fallnorm* é a proposição sob a qual o juiz efetua diretamente a subsunção do caso, depois de tê-la precisado suficientemente (interpretação e concretização da norma abstrata) e de tê-la adequado ao suporte factual para tanto preparado. Com base nessa teoria, associada à chamada “fórmula de Schumann”, o Tribunal Constitucional alemão pontuou iterativamente ser possível reconhecer a inconstitucionalidade das *decisões* de outros tribunais, qual normas em geral, a despeito de sua concretude. Pela *fórmula de Schumann*, a decisão de um juízo ou tribunal é inconstitucional sempre que, conjecturando-se a sua expressa dicção em um texto legal (natureza hipotética de ato legislativo), a perspectiva jurídica que a fundamenta (*Fallnorm*) violar um direito fundamental. Cf. também Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, pp.42-43.

¹²⁴⁶ Que, pela doutrina tradicional, não admitiriam controle jurisdicional de mérito. Cf., por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12^a ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp.202-204. A autora alude

evolução deveu-se à necessidade de se “*contar com instrumentos que permitissem em todo momento impedir que os órgãos em exercício no Poder Executivo se desviassem da atuação conforme aos fins da lei ou que o exercício de suas funções, embora sendo adequado com relação a ditos fins, resultasse excessivamente gravoso para os direitos os cidadãos, e isso inclusive quando a Administração se encontrasse autorizada para desdobrar poderes excepcionais*”¹²⁴⁷.

Na esfera do Direito Penal, o valor superior dos direitos de liberdade interfere com o elemento jurídico-axiológico do princípio da proporcionalidade para sempre fazer inclinar a balança da ponderação, em caso de dúvida, no sentido da efetividade dos direitos e das liberdades fundamentais (i.e., no sentido da própria *liberdade*)¹²⁴⁸. Por conseguinte, a proporcionalidade em sentido estrito impõe que o Estado, ao exercer o seu “*ius puniendi*”, limite a gravidade da sanção penal à medida do mal causado e com base na adequação da pena ao fim a que se destina. Não se justifica, p. ex., privar de liberdade, por anos a fio, o

à clássica tese de que, “*com relação ao ato discricionário, o Judiciário [só] pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade*” (controle exclusivamente *formal*), mas, em seguida, refere as diversas teses que paulatinamente conduziram os juízes a se imiscuírem no mérito dos atos administrativos (desvio de poder, teoria dos motivos determinantes, princípio da razoabilidade, princípio da moralidade administrativa, etc.). Temos entendido que o princípio da proporcionalidade em sede constitucional deriva, para a Administração Pública, do *princípio da moralidade administrativa*, que está positivado nos artigos 37, *caput*, e 5º, LXXIII, da CRFB (v., no Brasil, nosso Parecer n. 05/2004, req. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, ref. Ofício PRES/AMATRA XIII nº 024/2004).

¹²⁴⁷ Gonzales-Cuellar Serrano, *op.cit.*, p.37.

¹²⁴⁸ *Idem*, p.54. Não por outra razão, ADA PELLEGRINI GRINOVER entende que a prova ilícita só pode ser admitida, no processo penal, quando sua valoração favorecer o réu (*Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp.60-61; ou ainda, com Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp.160-161). Em outro estudo, GRINOVER chega a esboçar hesitação mesmo nessa hipótese, registrando que, “*embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita. [...] À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade [...]*” (Ada Pellegrini Grinover, “A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estados da PGE-SP, 1992, n. 37, p.46 — *g.n.*). Entretanto, essa hesitação é neutralizada de modo irresponsável por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: se é fato que a Constituição brasileira não prevê o princípio da proporcionalidade (i.e., se não se trata de um princípio constitucional expresso, como apontamos acima), por lógica não abrirá exceções com esse fundamento e tampouco dirá quando ele — o princípio — é ou não aplicável (“*O proporcional...*”, p.44). Daí dizemos nós: se se admite a sua existência como princípio constitucional implícito derivado da “*due process clause*”, então, obviamente, todas as normas-princípios do texto constitucional sujeitam-se a ele, embora nenhuma delas possa dizê-lo (pela exata razão de que se trata de um princípio implícito).

réu primário condenado por furto mínimo, porque a pena assim infligida não o ressocializaria, mas antes o impeliria para a prática de delitos mais graves, face à revolta pessoal e à contaminação criminógena das unidades prisionais. Isso serve mesmo à *cominação legal* das penas, mas a proporcionalidade não atua apenas no espaço legiferante; também o juiz há de observá-la, nas fases de individualização legal (correspondente à subsunção típica do fato imputado), de individualização judicial (quando se entrecruzam os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, sob o pálio do princípio da legalidade penal) e de individualização penitenciária. O princípio realiza, em seara penal, o grande ideal de BECCARIA — a *humanização* das penas¹²⁴⁹.

Enfim, no campo processual, a proporcionalidade tem desempenhado papel de relevo em sede de *direito probatório*. Assim, por exemplo, embora a imensa maioria dos sistemas processuais repila as chamadas provas ilícitas (v. no Brasil, em sede constitucional, a proibição do artigo 5º, LVI, da CRFB), há iterativos casos em que os juízes validamente **admitem** tais provas, infletindo a regra proibitiva de processo/procedimento e fiando-se em um juízo concreto de ponderação, a determinar, nas circunstâncias do seu caso, a superação da resistência constitucional ou legal à produção probatória. É o que se passa quando, no processo penal, o juízo admite como prova uma gravação clandestina que é capaz de, por si só ou em conjunto com outras evidências coligidas, *absolver* o réu (*supra*, nota n. 1248). Está em causa, nessa hipótese, o “*status libertatis*” do indivíduo, cuja dignidade constitucional pode autorizar, em juízos concretos de ponderação, o relativizar da proibição de produção da prova (sem prejuízo da ulterior responsabilização pelos ilícitos praticados na constituição da prova); e, no polo oposto, o interesse da acusação na rejeição processual da prova e o direito à privacidade do interlocutor insciente¹²⁵⁰, que podem ceder casuisticamente ante aquela primeira grandeza. Da mesma forma, ainda em sede processual penal, o princípio da proporcionalidade pode subministrar balizamento útil para absolver ou condenar o réu em função da “quantidade” e

¹²⁴⁹ Cf. Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), *Dos delitos e das penas*, trad. Torrieri Guimarães, 11ª ed., São Paulo, Hemus, 1995, pp.41-43 (capítulo XXIII: “*Que as penas devem ser proporcionadas aos delitos*”) e pp.43-44 (capítulo XXIV: “*Da medida dos delitos*”). Cf. também Gonzales-Cuellar Serrano, *op.cit.*, pp.29-34 e 61-62.

¹²⁵⁰ Cf., no Brasil, STJ, ROHC n. 7216-SP, Proc. n. 1998/00004035-8, 5ª T., rel. Min. EDSON VIDIGAL, 28.04.1998, in DJ 25.05.1998, p. 125, e RT 755/580.

da “qualidade” do conjunto probatório produzido¹²⁵¹, sopesando-se concretamente, na ponta contrária ao interesse persecutório do Estado, os direitos de liberdade do acusado.

Eis, portanto, o que se encerra sob as vestes do princípio da proporcionalidade. Quando se declara que o “*substantive due process*” protege a pessoa contra restrições ao direito à vida, à liberdade ou à propriedade *sem a devida proporcionalidade*, são aqueles “*criteria*” — adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (*supra*, n. III) — que a todos se asseguram, com a mais rica amplitude casuística, como vimos de agora demonstrar.

14.2. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

I. Não são poucos os autores que divisam verdadeira *identidade* entre as ideias de proporcionalidade e de razoabilidade¹²⁵². No Brasil, porém, essa identificação foi posta em xeque, e o respectivo debate ganhou volume e relevo, sobretudo a partir de dissensão doutrinária aberta no início dos anos 2000, hoje muito conhecida dos meios acadêmicos nacionais.

¹²⁵¹ O que nos conduz justamente à ideia da “*reasonable doubt*” do direito norte-americano, i.e., “*the level of certainty a juror must have to find a defendant guilty of a crime*” ou “*a real doubt, based upon reason and common sense after careful and impartial consideration of all the evidence, or lack of evidence, in a case*” (*Letric law Library’s Lexicon*, disponível em <http://www.lectlaw.com/def2/q016.htm> — acesso em 04.02.2011). Por isso, há pouco relacionávamos a casuística da “*reasonable doubt*” na *U.S. Supreme Court* ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade (*supra*, nota n. 1227); cremos aplicar-se a esta hipótese, como em outras já expostas no decorrer deste estudo (geralmente no plano legislativo), a lei epistêmica de ponderação: “*Quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que a sustentam*” (Robert Alexy, *Epílogo...*, p.94). Noutras palavras, as incertezas resolvem-se em favor da liberdade (no Brasil, v. artigo 368, VII, do CPP: “*O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] não existir prova suficiente para a condenação*” — preceito que bem atende, portanto, ao princípio da proporcionalidade em seara penal).

¹²⁵² V., e.g., Luís Roberto Barroso, “*Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*”, in *1988-1998: Uma década de Constituição*, Maria Margarida Lacombe (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 1999, *passim*; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000, *passim*. A última afirma que “*o princípio da proporcionalidade [...] corresponde a nada mais que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos*” (p.57). Já BARROSO aponta uma “[...] ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade”; e, após receber a crítica de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA por essa inequívoca afirmação de identidade, responde-lhe minimizando a aplicação de “grande energia intelectual” para estabelecer a distinção entre o proporcional e o razoável, certamente porque a reputa supérflua. Mas de fato não é, como veremos a seguir.

Cremos ser pedagógico, a esta altura, referir e explorar tal dissenso.

II. Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA¹²⁵³, sempre houve um manifesto equívoco na tendência em se confundir “proporcionalidade” e “razoabilidade”. A tendência pode de fato ser observada na jurisprudência do STF¹²⁵⁴ e até mesmo em relatórios de comissões do Poder Legislativo (e.g., PEC n. 264-A/1995, rel. Dep. SILAS BRASILEIRO). O autor refere ainda a recorrente ubiquação histórico-documental do princípio da proporcionalidade/razoabilidade na *Magna Charta Libertatum* de 1215, como aspecto incipiente do “*due process of law*” então consagrado; mas a desconstrói, pontuando que, **(a)** se a *Magna Charta* tratou de algo assim, teria sido da *razoabilidade*, que, na sua compreensão, não se confunde com a proporcionalidade; **(b)** até mesmo essa ubiquação seria duvidosa, porque na Inglaterra não se fala em princípio da razoabilidade, mas em *princípio da irrazoabilidade* (a que corresponde o clássico “*Wednesbury test*”¹²⁵⁵); **(c)** a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, como formulado atualmente entre os ingleses, está em uma decisão judicial datada de 1948 (a decisão *Wednesbury*); **(d)** somente após a edição do *Human Rights Act* (1998), em função dos contextos de colisão de direitos fundamentais, os ingleses passaram a se dedicar ao estudo da proporcionalidade, que, antes, era praticamente desconhecida da doutrina (e, ademais, discute-se hoje que papel a proporcionalidade teria a cumprir *ao lado* do princípio da irrazoabilidade — o que demonstra que, afinal, um e outro não se podem confundir).

Partindo dessa própria distinção verificável na realidade britânica, SILVA pondera que, “*para ser considerado desproporcional, não é necessário que um ato seja*

¹²⁵³ “*O proporcional...*”, pp.28-30.

¹²⁵⁴ E.g., STF, HC n. 76.060-4, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *cit.* (que recusou um exame de DNA por reputá-lo “irrazoável” diante das circunstâncias). Veremos com vagar no tópico 15.4.

¹²⁵⁵ “*A standard of unreasonableness used in assessing applications for judicial reviews of decisions of public authorities under English law. A decision or reasoning is Wednesbury unreasonable if it is so unreasonable that no reasonable person acting reasonably could have made it. It is possible for a decision to fail a proportionality test without being Wednesbury unreasonable*” (Glossary Reckon LLP, London, Dyer’s, 2008, verbete “*Wednesbury unreasonableness*”, disponível em <http://www.reckon.co.uk/open/Glossary>, acesso em 05.02.2011). O mesmo glossário técnico assim define a *proporcionalidade* (“*proportionality*”): “*A principle of EC law whereby an act (e.g. by a public authority) is an abuse of power if it imposes greater restrictions than are necessary to achieve the proper purposes of the power in question*” (ingressando, pois, com o elemento “*necessidade*” — “[...] *than are necessary* [...]”). Logo, realmente são noções bem distintas no pensamento jurídico britânico.

extremamente *irrazoável ou absurdo*”¹²⁵⁶, referindo decisões do TEDH que decidiram pela desproporcionalidade de medidas estatais, embora admitissem a sua razoabilidade¹²⁵⁷. Logo, proporcionalidade e razoabilidade seriam noções distintas, consistindo a primeira em um filtro de tipo hermenêutico mais estrito e rigoroso que a segunda.

Ademais, o nível de intelecção que ingleses e norte-americanos identificam como questão de “(un)reasonableness” poderia ser identificado como um dos elementos fáticos do juízo de proporcionalidade, a saber, a *adequação*¹²⁵⁸. Assim, entre a razoabilidade e a proporcionalidade haveria, ao menos, dois passos cognitivos não coincidentes, a afiançar a sua distinção conceitual: o juízo de *necessidade* e o juízo de *proporcionalidade em sentido estrito*.

III. Temos que SILVA está pleno de razão ao distinguir entre o proporcional e o razoável, com os argumentos que emprega. Demonstra, sem margem para contestações, que a razoabilidade — como aplicada nos tribunais britânicos e norte-americanos (*supra*, nota n. 1251) — não equivale à proporcionalidade, mas a um de seus elementos, a saber, a *adequação*. Da mesma forma como a “*praktischer Konkordanz*” (HESSE) equivale, a nosso sentir, ao seu terceiro elemento, i.e., à *proporcionalidade em sentido estrito* (tópico 14.1, n. II). Essas digressões são úteis, na medida em que permitem situar cada conceito em um esquema maior e melhor elaborado, que é o do princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, estabelecer as diferenças entre a proporcionalidade e a razoabilidade não significa que esses conceitos — ou o “*tò dikaión*”¹²⁵⁹ por detrás deles — não deitem raízes em uma mesma matriz histórica normogenética. Obviamente, não seria de se esperar que o gênio jurídico inglês do século XIII, ao pretender limitar os poderes do rei,

¹²⁵⁶ “*O proporcional...*”, p.30.

¹²⁵⁷ Essa possibilidade, ademais, é francamente referida pela própria doutrina inglesa. V., *supra*, a nota n. 1255.

¹²⁵⁸ “*O proporcional...*”, p.33.

¹²⁵⁹ “*Tò dikaión*” é a “coisa justa”, ou a “essência do justo” (cf. Epicuro, *Máximas Principais*, trad. João Quartim de Moraes, Campinas, IFCH/UNICAMP, 2006, n. XXXI); e, mais que isso, “[o] *tò dikaión* é uma proporção (reconhecida como boa) entre coisas repartidas entre pessoas; um **proporcional** (termo neutro), um analagon. O direito [positivo] consiste numa igualdade, um igual (ison)” (Maurício Jorge Pereira da Mota, “*Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino*”, in *Revista Jurídica*, Brasília, Presidência da República, out./2008 a jan. 2009, v. 10, n. 92, p.09 — g.n.).

distinguisse conceitualmente entre as ideias de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Da mesma forma, o gênio jurídico romano jamais distinguiu entre legitimidade “*ad causam*”, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, nem tampouco atinou para a natureza abstrata do direito de ação; nem por isso, nega-se que a origem mais remota do instituto esteja nas “*actiones*” romanas, destinadas a prover com tipicidade medidas de “*auctoritas*” em favor de cidadãos que demandassem pretensões materiais específicas (v., *supra*, o tópico 7.3.2).

Ora, o princípio secular da vedação de restrições à liberdade ou à propriedade “[...] *sine certa et convicta culpa suum beneficium perdat, nisi secundum constitutionem antecessorum nostrorum et iudicium parium suorum*” — que, na verdade, não remonta sequer a 1215, mas a 1037, como já visto (tópico 8.1.1, n. III) — indubitavelmente introduziu, pela primeira vez em um sistema jurídico-positivo, o embrião da *proibição de excesso* e da *razoabilidade* nas medidas oficiais de restrição a direitos subjetivos inatos (que se aferiria pela régua da “*lex terrae*” —, o que àquela altura significava, basicamente, *regras consuetudinárias e máximas de bom senso ancestral-comunitário*). Ora, permitir apenas restrições necessárias e adequadas é, antes de mais nada, uma máxima de bom senso; e, de outra parte, proibir o rei de infligir restrições a direitos básicos — vida, propriedade — que não estivessem de acordo com a “*lex terrae*” (e sob “*iudicium parium suorum*”), num período em que não havia sequer um direito positivo claramente estabelecido como o de nossos dias, era pouco mais que impor o *sopesamento de valores e interesses* como condição de legitimidade para as intervenções estatais. Daí ser impossível negar que a *essência* das ideias de razoabilidade e de proporcionalidade — a *essência*, não a estrutura ou a fórmula final — radicavam, sim, no Editto de 1037 e, quase duzentos anos depois, no artigo 37 da *Magna Charta* de 1215.

O que nos permite, afinal, sustentar que, desde a sua origem medieval, a *ideia de justiça* que subjaz à proporcionalidade — ou ao menos a um de seus elementos, que é a *adequação* (= *razoabilidade*) — esteve ligada à garantia do “*due process of law*”¹²⁶⁰. E,

¹²⁶⁰ Ou, com NUNES PEREIRA, “os princípios seriam enunciados jurídicos diversos qualitativamente das regras por, tendo em vista a noção de vagueness que os marca, não se adaptarem a esse modelo de interpretação mecanicista, cobrando um juízo de otimização ou ponderação (*juízo de devido processo legal*)”

como era então, também há de ser agora, nos diversos sistemas constitucionais que não explicitaram o princípio, mas positivaram a “*due process clause*” (como, *e.g.*, o Brasil, em face do artigo 5º, LIV, da CRFB).

§ 15º. O “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*” NA JURISPRUDÊNCIA

15.1. “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*” E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREME COURT (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA)

I. Há pouco mencionávamos, sobre a jurisprudência norte-americana, que, conquanto ali geralmente não se empregue a expressão “*proportionality*”¹²⁶¹, a ideia mesma de proporcionalidade está no espírito de alguns dos seus mecanismos de decisão construídos prudencialmente — como se dá, em particular, com os “*levels of judicial scrutiny*”: “*strict scrutiny*” (ou “*exacting scrutiny*”), “*intermediate scrutiny*” e “*rational basis review*”. Essa doutrina foi introduzida no pensamento jurídico estadunidense pela célebre “*footnote 4*” do caso *United States v. Carolene Products* (304 U.S. 144, 1938) e tanto é atribuída ao Justice STONE, que subscrevera o voto, como ao seu então assistente, LOUIS LUSKY, que amiúde os completava (para detalhes *v.*, *supra*, a nota n. 1227). São,

substantivo), realizado pela máxima da proporcionalidade (ou da razoabilidade, como lema do constitucionalismo)” (*O Princípio...*, p.496 — *g.n.*). Observe-se que, no caso deste autor, a identificação entre razoabilidade e proporcionalidade não é de todo incorreta, uma vez que, para ele, convém “*defender uma nova versão para o juízo de proporcionalidade, de caráter mais modesto e menos ampliativo que a inapropriada visão proposta e acolhida pela esmagadora maioria dos membros da doutrina constitucionalista nacional. Essa versão, na visão de uma distinção débil entre regras e princípios, limitaria o atual conceito de proporcionalidade a apenas um de seus três juízos: ao juízo de adequação, que perderia a característica de critério de avaliação da idoneidade do meio restritivo às normas jusfundamentais e passaria a ser o critério de avaliação de uma correta e apropriada tarefa hermenêutica concretizadora*” (p.500 — *g.n.*). E, como visto, o princípio da razoabilidade corresponde essencialmente ao elemento de adequação do princípio da proporcionalidade; logo, na sua perspectiva, NUNES PEREIRA poderia equipará-los.

¹²⁶¹ O que valeu, aliás, o desafio de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “*Para aqueles que sustentam que a exigência [decorre] de Estado de Direito ou do devido processo legal, resta a tarefa de justificar a sua não-utilização, por exemplo, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ou por qualquer outro tribunal de países onde, inegavelmente, vige um Estado de Direito*” (“*O Proporcional...*”, p.45). A resposta, damo-la aqui: a jurisprudência norte-americana não assimilou a nomenclatura, mas certamente reconhece e aplica largamente a respectiva “*ratio essendi*”, sob o pano do “*substantive due process*”.

em síntese, *filtros hermenêutico-jurisprudenciais de constitucionalidade com graduação de rigor*; e refletem, em larga medida, a aplicação da inteligência ínsita ao princípio da proporcionalidade na casuística de restrição a direitos humanos fundamentais.

Entenda-se por “*strict judicial scrutiny*”, conforme o “*Lectlaw Dictionary*”¹²⁶², a “doutrina” (melhor será dizer *técnica* ou *teste* inerente à doutrina do “*judicial scrutiny*”) pela qual se submetem a exame rigoroso da legitimidade constitucional os provimentos de autoridade (“*governmental regulations*”) — notadamente as *leis* — que deflagrem um impacto real e apreciável e/ou uma significativa interferência com o exercício de um direito humano fundamental de primeira grandeza. Logo, nem todas as leis reclamam o nível mais elevado de “*judicial scrutiny*”: somente as intervenções mais graves e impactantes, o que remete à predita lei de ponderação de ALEXY (em clara evidência de que se trata, basicamente, do mesmo “*tò dikaión*”, como havíamos dito): “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio [leia-se direito fundamental], tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”¹²⁶³.

Nesse nível de avaliação, *e.g.*, para satisfazer o “*strict scrutiny*” na perspectiva da “*equal protections of the laws*” (Amendment XIV, Section 1), a lei que restringe direitos não pode ser vaga¹²⁶⁴, como tampouco pode ser, em níveis substanciais, demasiada ou insuficientemente inclusiva (“*over- or underinclusive*”); aplica-se notadamente às leis que instituem as chamadas *classificações suspeitas* (p.ex., as baseadas em raça ou etnia). Manifestam-se aqui, ao modo da jurisprudência estadunidense, as garantias da proibição de excesso e de insuficiência (“*Übermaßverbot*” e “*Untermaßverbot*”). Na persecução do interesse público ou estatal, a lei restritiva deve ser elaborada com cautela, de forma a evitar intrusões desnecessárias em direitos fundamentais, especialmente naqueles garantidos pela Primeira Emenda (liberdade de religião, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e seus consectários). A primazia da investigação sob “*strict scrutiny*” para

¹²⁶² Disponível em <http://www.lectlaw.com/def2/s118.htm> (acesso em 05.02.2011).

¹²⁶³ “*Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein*” (*Theorie...*, p.147).

¹²⁶⁴ A vaguidão pode, com efeito, ocultar discriminações de toda ordem. No Brasil, por muito tempo, ONG’s dedicadas à promoção dos direitos civis dos negros queixaram-se dos anúncios de emprego que pediam “boa aparência” para ocultar, sob tal expressão, a preferência por pessoas de tez branca.

leis que afetam direitos da Primeira Emenda revela um critério de ponderação de princípios e valores sacramentado pela *U.S. Supreme Court* que consubstancia, na estrutura analítica da proporcionalidade, um genuíno juízo de *estrita proporcionalidade* (que independe, “*a priori*”, dos aspectos factuais que compõem as circunstâncias gerais do caso concreto). Ademais, ainda sob “*strict scrutiny*”, a *U.S. Supreme Court* já registrou que quaisquer restrições estatuídas pela lei só podem ser reputadas legítimas na *estrita medida* em que atendam ao interesse público ou estatal a que se destinam¹²⁶⁵ (reproduzindo, no contexto, o elemento da *necessidade* ou *exigibilidade*).

Aplicou-se o “*strict scrutiny*”, p.ex., em *Meyer v. Grant* (486 U.S. 414, 1988). O Estado do Colorado havia editado um estatuto que permitia a votação geral e secreta de emendas à constituição estadual se os seus proponentes lograssem obter, dentro de um período de seis meses, ao menos cinco por cento do número total de eleitores qualificados em uma “*initiative petition*”, mas, paralelamente a essa autorização, tipificou como crime (“*felony*”) a conduta de pagar pessoas para fazer circular as listas de assinaturas (“*petition circulators*”). MEYER e outros entenderam, porém, que havia absoluta necessidade de se pagar pessoal especializado para circular as listas e obter as assinaturas necessárias em tão pouco tempo. Para isso, judicializaram a questão, demandando a declaração de que o estatuto violava direitos fundamentais derivados da Primeira Emenda, estendidos aos Estados sob “*equal protection*” (Décima Quarta Emenda). A *U.S. Supreme Court* confirmou esse entendimento, registrando que a proibição de circuladores pagos significava uma desnecessária limitação à “*freedom of speech*”. Com efeito, o estatuto do Colorado afetaria aquela liberdade, decorrente da Primeira Emenda, em pelo menos dois aspectos

¹²⁶⁵ Cf., por todos, *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (514 U.S. 334, 1995): “When a law burdens core political speech, we apply ‘*exacting scrutiny*’, and we uphold the restriction **only if it is narrowly tailored** to serve an overriding state interest” (g.n.). Tratava-se de caso no qual certo ativista fora multado por ter distribuído material político (o panfleto “*Concerned parents and tax payers*”) que não continha o nome e o endereço do autor ou da campanha oficial, violando o “*Ohio Code*” então vigente (Section 3599.09(A)). A *Ohio Supreme Court* considerou a lei razoável e não discriminatória, mas a *U.S. Supreme Court* entendeu que a lei não era razoável, por restringir indevidamente a liberdade de publicar anonimamente (que, derivada da *First Amendment*, não se circunscreveria ao reino literário, alcançando também causas políticas); e, criticando a metodologia do tribunal “*a quo*”, pontuou que em tais casos a *Ohio Supreme Court* valia-se, dentro do espectro gradual do “*judicial scrutiny*”, de um nível relativamente brando de investigação, quando deveria aplicar o “*strict scrutiny*”. In verbis: “*These Court’s precedents make abundantly clear that true Ohio Supreme Court’s reasonableness standard is significantly more lenient than is appropriate in a case of this kind*”.

fundamentais: (a) limitaria o número de vozes que poderiam transmitir as mensagens e as ideias dos recorrentes (que era a de excluir os entregadores motorizados, por emenda, da esfera de competências administrativas da *Colorado Public Utilities Commission*) e (b) limitaria o número de horas que poderiam ser dedicadas à divulgação das ideias (e, logo, o tamanho da sua audiência). Ao final, o *Justice STEVENS* valeu-se de um indisfarçável *juízo de adequação/necessidade* para assertar que

“não se pode presumir que um circulador profissional — cujas qualificações para atribuições similares, no futuro, podem bem depender de sua reputação quanto à competência e à integridade — são mais propensos a aceitar assinaturas falsas que um voluntário motivado exclusivamente pelo interesse em ver a proposição colocada nas urnas [= inadequação]. Além disso, outras disposições estatutárias que tratam expressamente do perigo potencial de assinaturas falsas são adequadas [rectius: suficientes] para minimizar o risco de conduta imprópria na circulação” [= necessidade]¹²⁶⁶.

Eis, pois, o princípio da proporcionalidade, tal como se manifesta — mais clara e integralmente — no “*strict scrutiny*” da jurisprudência da *U.S. Supreme Court*. Adequação,

¹²⁶⁶ Cf., na íntegra (*Syllabus*): “*The statutory prohibition against the use of paid circulators abridges appellees' right to engage in political speech in violation of the First and Fourteenth Amendments. [...] (a) The statute is subject to exacting scrutiny, since the circulation of an initiative petition seeking to deregulate the Colorado trucking industry necessarily constitutes "core political speech," for which First Amendment protection is at its zenith. The statute burdens such speech in two ways: First, it limits the number of voices who will convey appellees' message and the hours they can speak and, therefore, limits the size of the audience they can reach. Second, it makes it less likely that appellees will garner the number of necessary signatures, thus limiting their ability to make the matter the focus of statewide discussion. The statute's burden on speech is not relieved by the fact that other avenues of expression remain open to appellees, since the use of paid circulators is the most effective, fundamental, and perhaps economical means of achieving direct, one-on-one communication, and appellees' right to utilize that means is itself protected by the First Amendment. Nor is the statutory burden rendered acceptable by the State's claimed authority to impose limitations on the scope of the state-created right to legislate by initiative; the power to ban initiatives entirely does not include the power to limit discussion of political issues raised in initiative petitions. Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico, 478 US 328, distinguished. [...] (b) The State has failed to sustain its burden of justifying the statutory prohibition. The argument that justification is found in the State's interest in assuring that an initiative has sufficient grass roots support to be placed on the ballot is not persuasive, since that interest is adequately protected by the requirement that the specified number of signatures be obtained. Nor does the State's claimed interest in protecting the integrity of the initiative process justify the prohibition, because the State has failed to demonstrate the necessity of burdening appellees' ability to communicate in order to meet its concerns. It cannot be assumed that a professional circulator — whose qualifications for similar future assignments may well depend on a reputation for competence and integrity — is any more likely to accept false signatures than a volunteer motivated entirely by an interest in having the proposition placed on the ballot. Moreover, other statutory provisions dealing expressly with the potential danger of false signatures are adequate to minimize the risk of improper circulation conduct*” (v. <http://supreme.justia.com/us/486/414/>, acesso em 05.02.2011). Traduziu-se, no texto principal, a parte final do item “b”.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (na prelação dos direitos *ex First Amendment* e na irrazoabilidade do sacrifício desses direitos em prol da segurança institucional pretendida pelo Estado do Colorado). Apenas não há o “*nomen iuris*” (“proporcionalidade”); ontologicamente, porém, todos os seus elementos aí estão.

Em níveis menos rigorosos, quando os provimentos estatais não promovem, com as restrições que predispoem, crises tão agudas em direitos humanos fundamentais de primeira grandeza¹²⁶⁷, as cortes ora aplicam o “*intermediate scrutiny*”, ora o “*rational basis review*”.

II. O “*intermediate scrutiny*” pode ser definido como a técnica, ou teste, utilizada em alguns contextos para determinar, com rigor maior que na “*rational basis review*” e menor que na “*strict scrutiny*”, a constitucionalidade de uma determinada lei restritiva de direitos fundamentais; para passar pelo “*intermediate scrutiny*”, a lei deve perseguir um importante interesse público ou estatal e suas medidas devem revelar uma relação substancial de pertinência e instrumentalidade com a consecução desse interesse. O “*intermediate scrutiny*” tem sido utilizado em casos de “*equal protection*” (mas nas chamadas “*quasi-suspect classifications*”, como aquelas baseadas em gênero) e também em casos relacionados a direitos consagrados na Primeira Emenda, se bem que em níveis menos intensos de intervenção (o que evoca outra vez a lei geral de ponderação). Aplicou-se o “*intermediate scrutiny*” em *Craig v. Boren* (429 U.S. 190, 1976), para declarar a inconstitucionalidade de estatuto do Estado de Oklahoma, que proibia a venda de cerveja pouco alcoólica (“*nonintoxicating 3,2% beer*”) para homens com menos de vinte e um anos e mulheres com menos de dezoito (i.e., com diferenciação por gênero), sob fundamentos factuais notoriamente afeiçoados ao elemento da *adequação* (“*Geeignetheit*”):

“3. O diferencial baseado em gênero de Oklahoma constitui uma injusta discriminação contra homens entre 18 e 20 anos de idade, em violação à cláusula da “Equal Protection”. As estatísticas dos recorridos (a mais relevante das quais [...] mostra somente que 0,18% de

¹²⁶⁷ Como dissemos alhures (nota n. 1237), entendemos existir uma *hierarquia mínima* entre os direitos humanos fundamentais. V. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópicos 3.2.3, 3.2.4 e §10º das conclusões; e, abaixo, a nota n. 2506.

mulheres e 2% de homens na faixa etária entre 18 e 20 anos de idade foram presos por dirigir sob a influência de bebida alcoólica) não asseguram a conclusão de que o sexo representa um intermediário [“proxy”] adequado para a regulação de bebida e direção”¹²⁶⁸.

O *Justice* BRENNAN guiou-se, portanto, pelo princípio da razoabilidade (embora tampouco a expressão “*reasonableness principle*”, ou semelhante, tenha sido empregada no voto), considerando que a medida restritiva era *inadequada* para o fim a que a lei queria se prestar.

III. Já o “*rational basis review*” configura o mais brando nível de “*judicial review*”, bastando-se geralmente com a identificação de um interesse público ou estatal legítimo por detrás da lei que restringe direitos fundamentais e com o qual ela mantenha uma conexão minimamente razoável. Já não se exige sequer uma perfeita adequação na relação de tipo meio-fim que deve haver entre as medidas predispostas e o próprio objetivo colimado (o que significa que mesmo o juízo de razoabilidade, ou o elemento de adequação, exsurge suavizado); a investigação privilegia o aspecto teleológico (i.e., a legitimidade dos fins eleitos e uma mínima relação racional com eles), não o aspecto instrumental. É geralmente usado em casos de restrições que não envolvam direitos fundamentais (i.e., colisões de normas-princípios não dotadas de jusfundamentalidade) e de classificações insuspeitas (e.g., prelações profissionais baseadas em experiência e especialização).

O “*rational basis review*” foi utilizado em *Romer v. Evans* (517 U.S. 620, 1996), quando a *U.S. Supreme Court* invalidou disposição da constituição estadual do Colorado (a *Amendment 2*, aprovada em referendo de 1992¹²⁶⁹) que proibia a concessão do estatuto de “protegido” (“*protected*”) — i.e., a discriminação positiva — com base em orientação,

¹²⁶⁸ In *Legal Information Institute* (LII), Cornell University Law School (disponível em http://www4.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0190_ZO.html — acesso em 06.02.2011).

¹²⁶⁹ In verbis: “No Protected Status Based on Homosexual, Lesbian, or Bisexual Orientation. Neither the State of Colorado, through any of its branches or departments, nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation, ordinance or policy whereby **homosexual, lesbian or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of or entitle any person or class of persons to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination.** This Section of the Constitution shall be in all respects self-executing” (g.n.).

condutas, práticas ou relacionamentos de cariz homossexual, lésbico ou bissexual (como vinha acontecendo com profusão nos municípios daquele Estado: em Aspen, no ano de 1977, em Boulder, no ano de 1986, em Denver, no ano de 1991, etc.). Pretendia-se, com isso, *preservar* a isonomia, por se entender que homossexuais e bissexuais não poderiam ser considerados “minorias” para efeito de especial proteção legal ou de políticas afirmativas. No entanto, a Suprema Corte reputou a emenda contrária à “*equal protection*” da *Fourteenth Amendment*. Na aferição da legitimidade constitucional da emenda, ponderou que “*se uma lei não oprime um direito fundamental nem objetiva uma classificação suspeita, nós confirmaremos a classificação legislativa, desde que ela sustente uma relação [minimamente] racional com algum fim legítimo*”. E arrematou: “*A Emenda 2 falha, na verdade desafia, até mesmo essa indagação convencional*”. Em outras palavras, restringindo a possibilidade legal de gays e lésbicas fruírem de um estatuto mais benéfico, o Estado do Colorado não parecia perseguir racionalmente nenhuma finalidade realmente legítima (nem mesmo a própria isonomia, pois, ao fim e ao cabo, “*the amendment has de peculiar property of imposing a broad and undifferentiated disability on a single named group, an exceptional and, as we shall explain, invalid form of legislation*” [g.n.]).

Em todos esses casos, a *U.S. Supreme Court* esgrimiou basicamente com a “*equal protection of the laws*” e a *Fourteenth Amendment*, o que poderia levar o leitor a objetar que, se houve de fato o manejo dos rudimentos da proporcionalidade, isso não se deu no marco da “*due process clause*”, mas no da “*equal protection clause*”. É preciso ter em conta, porém, que ambas as cláusulas asseguram basicamente a mesma indenidade (tanto que, no prelúdio da fase do “*noneconomic substantive due process*”, um caso típico da “*equal protection guarantee*” foi equacionado sob o pálio da “*due process clause*”¹²⁷⁰); a diferença está no “método de análise” (NOWAK, ROTUNDA), ou, ainda melhor, na *contextualidade analítico-concreta* em que se desenvolve a vulneração de indenidade: se houve, em suma, *finalidade de distinguir pessoas para distribuir benefícios ou encargos* (“*classification of persons for differing benefits or burdens*”) ¹²⁷¹. Daí porque, em cada um

¹²⁷⁰ *Buchanan v. Warley* (1917). Cf., *supra*, o tópico 10.1.5.3, n. I.

¹²⁷¹ V., *supra*, a nota n. 894.

desses julgados, testemunha-se, sim, a garantia de que ninguém será privado do direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou de seus consectários legais, sem a *devida proporcionalidade* (i.e., a garantia do “*substantive due process*”), ainda que, contextualmente, a existência de ímpetos classificatórios do legislador estadual tenha atraído mais diretamente a aplicação da “*equal protection*”. Em nossa linha de argumentação, a “*equal protection guarantee*” nada mais é que uma *especialização* da própria “*substantive due process guarantee*”.

IV. No âmbito do **processo civil** — e mais especificamente no das ações que reclamam “*damages*” (i.e., indenizações por perdas e danos), sobretudo os *punitivos*¹²⁷² —, a jurisprudência norte-americana arquitetou uma interessante construção em torno dos chamados “*due process limits*”¹²⁷³ (que revelam, mais uma vez, a imanência do princípio da proporcionalidade ao próprio “*substantive due process*”). Com efeito, a partir da década de noventa, as cortes passaram a extrair da “*due process clause*” uma série de limites e critérios para a modulação dos “*punitive damages*”, a saber:

- reputa-se violado o devido processo legal substantivo quando ocorrem condenações judiciais pecuniárias em quantias *manifestamente excessivas* (v., e.g., *BMW of North America v. Gore*¹²⁷⁴, *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*¹²⁷⁵), dando-se a esse critério o nome de o “*grossly excessive standard*”;

¹²⁷² Os “*punitive damages*” tem a função de “punir” o réu que agiu de modo extremamente censurável ao provocar o prejuízo do autor (no Brasil, em sentido semelhante, costuma-se dizer do “efeito pedagógico” da condenação); opõe-se aos “*compensatory damages*”, que visam apenas à recomposição integral dos danos que o autor sofreu em razão da conduta do réu.

¹²⁷³ Cf., por todos, Steven L. Emanuel, *Civil Procedure*, New York, Aspen, 2003, pp.285-286.

¹²⁷⁴ 517 U.S. 559 (1996). *In verbis* (Syllabus, parcial): “After respondent Gore purchased a new BMW automobile from an authorized Alabama dealer, **he discovered that the car had been repainted** [para ocultar danos de chuva ácida]. He brought this suit for compensatory and punitive damages against petitioner, the American distributor of BMW’s, alleging, *inter alia*, that the failure to disclose the repainting constituted fraud under Alabama law. At trial, BMW acknowledged that it followed a nationwide policy of not advising its dealers, and hence their customers, of predelivery damage to new cars when the cost of repair did not exceed 3 percent of the cars suggested retail price. Gore’s vehicle fell into that category. The jury returned a verdict finding BMW liable for compensatory damages of \$4,000, and assessing \$4 million in punitive damages. The trial judge denied BMW’s post-trial motion to set aside the punitive damages award, holding, among other things, that the award was not “grossly excessive” and thus did not violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. See, e.g., *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443, 454. The Alabama Supreme Court agreed, but reduced the award to \$2 million on the ground that, in computing the amount, the jury had improperly multiplied Gore’s compensatory damages by the number of similar sales in all States, not just those in Alabama. [...] **Held: The \$2 million punitive damages award is**

- em contrapartida, somente sob circunstâncias absolutamente incomuns (“*unusual circumstances*”) a imposição de “*punitive damages*” ferirá as posições jusfundamentais do réu (i.e., os seus “*due process rights*”), como, p.ex., em *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (entre as perdas efetivas e os “*punitive damages*”, havia uma razão de 1 para 526);

- por conseguinte, dimana da “*due process clause*” o direito a uma proporcional “*ratio of actual to punitive damages*” — razão não excedente de um dígito (i.e., limitada a 1 para 9) —, como, inclusive, já decidiu a *U.S. Supreme Court*: “*few awards [significantly] exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages [...] will satisfy due process*” (cf. *State Farm Mut. Automobile Insur. Co. v. Campbell*¹²⁷⁶).

Tem-se nesta casuística, portanto, uma viva impressão de como o “*substantive due process*” manifesta-se em questões mais prosaicas (“*damages*”), mas, ainda assim, na perspectiva de assegurar que os réus não sejam privados de seu patrimônio sem o devido processo legal (o que traduz, ainda outra vez, a mediação do princípio da proporcionalidade, mas agora para coibir excessos — “*Übermaßverbot*” — na perspectiva das condenações judiciais irrazoáveis, e não mais das leis).

grossly excessive and therefore exceeds the constitutional limit. [...] (a) Because such an award violates due process only when it can fairly be categorized as "grossly excessive" in relation to the State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition, cf. TXO, 509 U. S., at 456, the federal excessiveness inquiry appropriately begins with an identification of the state interests that such an award is designed to serve. Principles of state sovereignty and comity forbid a State to enact policies for the entire Nation, or to impose its own policy choice on neighboring States. See e.g., Healy v. Beer Institute, 491 U.S. 324, 335-336. Accordingly, the economic penalties that a State inflicts on those who transgress its laws, whether the penalties are legislatively authorized fines or judicially imposed punitive damages, must be supported by the State's interest in protecting its own consumers and economy, rather than those of other States or the entire Nation. Gore's award must therefore be analyzed in the light of conduct that occurred solely within Alabama, with consideration being given only to the interests of Alabama consumers. [...]” (g.n.). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html> (acesso em 06.02.2011).

¹²⁷⁵ 509 U.S. 443, 454 (1993).

¹²⁷⁶ 538 U.S. 408 (2003). A *Utah Supreme Court* havia fixado “*punitive damages*” de 145 milhões de dólares contra *State Farm* (os “*compensatory damages*” haviam sido calculados em 1 milhão), o que foi considerado excessivo pela *U.S. Supreme Court*, considerando três fatores: “*(1) The degree of reprehensibility of the defendant's misconduct; (2) The disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award; (3) The difference between the punitive damages awarded by the jury and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases*”.

V. Nesse diapasão, bem se vê o quão numerosos são os julgados da *U.S. Supreme Court* em que se pode identificar a aplicação do princípio da razoabilidade — i.e., do *juízo de adequação*, isolado dos demais elementos do modelo visto no tópico 14.1 — e do próprio princípio da proporcionalidade na sua inteireza (nomeadamente nos casos de “*strict scrutiny*”), geralmente sob o prisma do “*substantive due process*”. Vimos já alguns deles anteriormente, dos mais diversos períodos (*United States v. Carolene Products*, *Korematsu v. United States*, *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, *Meyer v. Grant*, etc.). Vejamos agora alguns poucos outros, qualificados pela sua maior atualidade. O que a *U.S. Supreme Court* tem decidido sob os escudos do “*substantive due process*”?

No ano de 1990, em *Cruzan v. Missouri Department of Health* (497 U.S. 261), a Corte entendeu que a pessoa humana tem o direito de recusar tratamento médico, inclusive nos casos de sistemas de suporte à vida (que mantêm a vida biológica por meios artificiais), por derivação das garantias da “*due process clause*”. Para o caso de comatosos, porém, entendeu-se legítima a exigência de clara e convincente evidência (“*clear and convincing evidence*”) de que a pessoa desejava, em prévia e sã consciência, desligar o maquinário de suporte. Era o caso de NANCY CRUZAN: vitimada por acidente automobilístico no dia 11.01.1983, CRUZAN foi ressuscitada pelos paramédicos e entrou em estado comatoso, diagnosticando-se para ela um quadro de vida vegetativa (“*persistent vegetative state*” — PVS). Como a Suprema Corte reputou válidos os condicionamentos administrativos do Estado do Missouri, os pais de CRUZAN decidiram dedicar os anos seguintes a procurar provas de que a filha desejaria morrer a permanecer em estado vegetativo. Antes disso, porém, NANCY faleceu naturalmente (em 26.12.1990, onze dias após a decisão final); abalado, seu pai se suicidaria pouco menos de seis anos depois, em 17.08.1996.

Em 1997, na mesma linha, a *U.S. Supreme Court* reafirmou o direito de recusa ao tratamento médico, novamente pela via do “*substantive due process*”; mas, desta feita, negou o pretendido direito de assistência para o suicídio, que não estaria, por sua vez, albergado pela “*due process clause*” (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702). HAROLD GLUCKSBERG e outros quatro físicos, sendo três deles pacientes terminais, impugnaram, sob a “*due process clause*”, a “*Natural Death Act*” do Estado de Washington

(1979), que criminalizava a assistência ao suicídio. Mas a Corte pontificou, por maioria, que “*Washington’s prohibition against ‘caus[ing]’ or ‘aid[ing]’ a suicide does not violate the Due Process Clause*”, inclusive à vista das tradições jurídicas dos povos anglo-americanos¹²⁷⁷ (evocando, pois, toda a carga histórica do conceito de “*law of the land*” — isso, no final do século XX).

Cite-se por fim, de 2003, o caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003), no qual a *U.S. Supreme Court* retomou a jurisprudência que deriva da “*due process clause*” o direito à privacidade (e.g., *Griswold v. Connecticut*) e, revertendo *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986), reconheceu, em um “*writ of certiorari*”, o direito à “*privacy*” no contexto de um relacionamento homossexual consensual (o que *Bowers v. Hardwick* havia negado). Assinou-se, nessa trilha, que a “*Homosexual Conduct Law*” do Estado do Texas (1973), ao criminalizar atos homossexuais (“[...] *engages in deviant sexual intercourse with another individual in the same sex*”), era inconstitucional, por violar, a um tempo, a garantia da “*equal protection*” (porque criminalizava a sodomia e a felação entre pessoas do mesmo sexo, mas não o fazia entre pessoas de sexos diferentes) e a garantia do “*substantive due process*”, que tanto escudava a liberdade quanto a privacidade das pessoas, invadida pelas pretensões do Estado em interferir indevidamente na intimidade sexual e consensual entre adultos.

Desses todos, os dois primeiros julgados relevam sobretudo para os fins deste estudo, por externarem o quão longe se pode ir com a **capacidade de aprendizagem** das normas jusfundamentais (v., *supra*, tópico 12.2, n. III): o direito de *morrer* foi indiretamente cancelado pela *U.S. Supreme Court*, com base naquela mesma garantia que, sete séculos antes, protegia textualmente a pessoa contra qualquer forma de destruição (“[...] *aut aliquo modo destruat*”).

¹²⁷⁷ *In verbis* (Syllabus, parcial): “(a) An examination of our Nation’s history, legal traditions, and practices demonstrates that **Anglo-American common law has punished or otherwise disapproved of assisting suicide for over 700 years**; that rendering such assistance is still a crime in almost every State; that such prohibitions have never contained exceptions for those who were near death; that the prohibitions have in recent years been reexamined and, for the most part, **reaffirmed in a number of States**; and that **the President recently signed the Federal Assisted Suicide Funding Restriction Act of 1997**, which prohibits the use of federal funds in support of physician-assisted suicide [...]” (g.n.).

VI. Bom será se, no futuro, os blocos nacionais de tradição jurídica romano-germânica e os de tradição anglo-saxônica envidarem reais esforços, quiçá sob o manto de organizações internacionais (como a UE na Europa ou, nas Américas, a própria OEA), para a *unificação* das terminologias e dos conceitos em sede de controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos humanos fundamentais. Como se viu, a jurisprudência da *U.S. Supreme Court* tem aplicado, há décadas, o princípio da proporcionalidade, embora sem a técnica, a precisão e a sistematicidade desenvolvidas pelos autores e tribunais de língua alemã. Dir-se-ia, talvez, de modo mais “intuitivo”. A aproximação contribuiria para que, por exemplo, os juízos de proporcionalidade exarados pelas cortes norte-americanas e britânicas passassem a ser sempre *integrais* (i.e., mais “estritos” ou “exatos”), inclusive nos “*hard cases*” hoje submetidos ao “*intermediate scrutiny*”, ao “*rational basis review*”, ou ao “*Wednesbury test*”. O maior rigor hermenêutico na validação de certas leis (e.g., as que restringem severamente direitos derivados da *First Amendment*) não se basearia, pois, em uma seleção apriorística de casos; dar-se-ia, ao revés, independentemente disso, durante a sua análise e no desenvolvimento dos próprios mecanismos internos do princípio da proporcionalidade (= proporcionalidade em sentido estrito) — possibilitando, inclusive, a hierarquização “*in tese*” de direitos humanos fundamentais. E, é claro, um diálogo jurídico mais fluido em jurisdições internacionais.

15.2. “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* (ALEMANHA)

I. No caso alemão, a casuística do *BVerfG* não permite identificar quaisquer referências relevantes ao “*substantive due process*” (assim como, na hipótese reversa, nada relevante se encontrava com o rótulo “*proportionality*” na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*). Há, sim, diversas referências ao “*fairen Verfahrensführung*” (v., e.g., *BVerfGE* 41, 246; 46, 325), que examinaremos no devido tempo (*infra*, tópico 20.2), mas sempre com

estrita conotação processual/procedimental (i.e., como “*procedural due process*”)¹²⁷⁸. Nem poderia ser diferente: à diferença da Constituição brasileira, a *Grundgesetz* alemã não consagrou, em seu texto, o “*due process of law*”, ou locução análoga. Mas, tal como na América, o seu “*tò dikaión*” pode ser facilmente identificado. Pretendemos fazê-lo em duas sedes temáticas: a do *princípio da proporcionalidade* (“*Verhältnismässigkeitsprinzip*”) e a da *garantia de conteúdo essencial* dos direitos humanos fundamentais (“*Wesensgehaltgarantie*”).

II. Quanto ao primeiro, nenhuma análise da jurisprudência alemã poderia ser completa sem referir o célebre caso *Lüth*, talvez o mais clássico caso de ponderação julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 7, 198)¹²⁷⁹. Por isso, iniciamos com ele. No início dos anos cinquenta, o cidadão judeu-alemão ERICH LÜTH, à época crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, conclamou todos os distribuidores cinematográficos e o público em geral a boicotarem o filme “*Unsterbliche Geliebte*” (“Minha Amada Imortal”, 1952), dirigido por VEIT HARLAN, que havia sido uma antiga celebridade do *III Reich*, responsável por filmes como “*Jud Süß*” (1940) — a mais famosa película antisemita do cinema universal — e “*Die goldene Stadt*” (1942), além de uma série de peças de propaganda do regime nacional-socialista alemão, sempre em estreita colaboração com o ministro da propaganda nazista, JOSEPH GOEBBELS¹²⁸⁰. Os efeitos do boicote foram fortemente sentidos. HARLAN e os parceiros comerciais do novo filme ajuizaram então uma ação cominatória em face de LÜTH, com base no artigo 826 do *BGB*, pelo qual toda pessoa que, imoral e intencionalmente, causa dano a outrem obriga-se a indenizá-la pelas respectivas perdas (“*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich*

¹²⁷⁸ Em verdade, há casos nos quais a referência à “proteção constitucional suficiente”, feita no contexto das garantias gerais do Estado de Direito, bem poderia ser traduzida por “devido processo legal” (e.g., *BVerfGE* 30,173, *in verbis*: “*Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt*” [p.191 —g.n.]), como inclusive ocorre em algumas publicações (v. Schwabe, *Cinquenta anos...*, p.499). Isso poderia sugerir um aceno à dimensão substancial do “*due process*”, ou mesmo alguma tangência conceitual. No entanto, tais nexos não são explícitos; obtemo-los basicamente por ilação. Assim, optamos por desconsiderá-los.

¹²⁷⁹ Cf., e.g., Robert Alexy, *Theorie...*, p.109.

¹²⁸⁰ Por colaboração tão íntima, aliás, mereceria do crítico alemão KARSTEN WITTE, anos depois, a alcunha de “*o barroco fascista*”.

Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet”). O tribunal de Hamburgo deu-lhes ganho de causa (1951), obrigando LÜTH a se abster de promover o boicote, sob pena de cominações pecuniárias. LÜTH recorreu, então, ao tribunal superior estadual e também ao *Bundesverfassungsgericht*, em reclamação constitucional, por entender violada a sua liberdade de expressão, garantida pelo artigo 5º, 1, da *GG*.

Em 1958, o *BVerfG* julgou procedente a reclamação constitucional de LÜTH e cassou a decisão do tribunal estadual, assentando para a posteridade várias das bases dogmáticas da teoria geral dos direitos fundamentais, a saber: **(a)** a dupla natureza dos direitos fundamentais, a um tempo direitos públicos subjetivos e ordem institucional-objetiva (*supra*, tópico 12.1, II); **(b)** a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (“*Drittwirkung*”), como efeitos de irradiação (“*Ausstrahlungswirkung*”); **(c)** a limitação recíproca (“*Wechselwirkung*”) que se pode estabelecer entre a “lei geral” — “*allgemeinen Gesetze*” (artigo 5º, 2, da *GG*) —, como podem ser as próprias normas de Direito Civil, e os direitos fundamentais (esses limitados por aquela, nos precisos lindes da conformação legislativa constitucionalmente autorizada; aquela limitada por esses, no campo da interpretação de sentido e alcance e também na própria contenção objetiva dos efeitos da primeira); **(d)** e, por fim, a *necessidade de ponderação* nas colisões concretas de normas-princípios constitucionais.

Decidiu-se, pois, que um juiz cível poderia violar concretamente direitos humanos fundamentais, “*si et quando*” ignorasse a modulação da ordem civil pelos efeitos irradiados da ordem jusfundamental, hipótese em que a sua decisão poderia ser revisada pelo tribunal constitucional¹²⁸¹. E decidiu-se mais, que a “moralidade” — ou bons costumes — do artigo

¹²⁸¹ “*Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito*” (do original: “*Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32 [40 f.]), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck*”).

826 do *BGB* haveria de ser interpretada em consonância com os princípios e valores constitucionais, o que implicava concluir, para o caso concreto, que uma expressão de pensamento dirigida ao boicote de obra cinematográfica não violava necessariamente os bons costumes, desde que se pudesse justificar pela *ponderação* de todos os fatores envolvidos no contexto. O *BVerfG* valeu-se, portanto, de uma cláusula geral (“*gute Sitten*”) para embocar a discussão constitucional e equacioná-la pela via da proporcionalidade:

“**III. [...] 2. [...]** Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [“*sittenwidrig*”], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disso, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a **medida necessária e adequada** do comprometimento dos interesses de Harlan e das sociedades cinematográficas. **a)** Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com Harlan. Até mesmo o tribunal estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o reclamante teria agido em função de ‘motivos indignos ou egoísticos’. Isto não foi contestado por nenhuma das partes. **b)** O objetivo das expressões do reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que Harlan se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã; ele queria impedir que Harlan fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse que ser necessariamente ligado à pessoa de Harlan. Os tribunais não podem julgar se a fixação deste objetivo é aceitável do ponto de vista material, mas tão somente se a sua manifestação na forma escolhida pelo reclamante fora juridicamente admissível. [...] As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de Harlan pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista. Como naquele tempo, Harlan seria

kommt [...]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden”).

também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca. [...] **IV.** O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que **o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados.** A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nesta falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do Art. 5, I, 1, GG. Portanto, deve ser revogada” (g.n.)¹²⁸².

¹²⁸² No original: “**III.** [...] **2.** [...] Für die Entscheidung der Frage, ob eine Aufforderung zum Boykott nach diesen Maßstäben sittenwidrig ist, sind zunächst Motive, Ziel und Zweck der Äußerungen zu prüfen; ferner kommt es darauf an, ob der Beschwerdeführer bei der Verfolgung seiner Ziele das Maß der nach den Umständen notwendigen und angemessenen Beeinträchtigung der Interessen Harlans und der Filmgesellschaften nicht überschritten hat. **a)** Sicherlich haftet den Motiven, die den Beschwerdeführer zu seinen Äußerungen veranlaßt haben, nichts Sittenwidriges an. Der Beschwerdeführer hat keine eigenen Interessen wirtschaftlicher Art verfolgt; er stand namentlich weder mit den klagenden Filmgesellschaften noch mit Harlan in Konkurrenzbeziehungen. Das Landgericht hat selbst bereits in seinem Urteil im Verfahren der einstweiligen Verfügung festgestellt, die mündliche Verhandlung habe nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Beschwerdeführer etwa "aus eigennützigen bzw. nicht achtenswerten Motiven" gehandelt habe. Dem ist von keiner Seite widersprochen worden. **b)** Das Ziel der Äußerungen des Beschwerdeführers war, wie er selbst angibt, Harlan als repräsentativen Vertreter des deutschen Films auszuschalten; er wollte verhindern, daß Harlan wieder als Schöpfer repräsentativer deutscher Filme herausgestellt werde und damit der Anschein entstehe, als sei ein neuer Aufstieg des deutschen Films notwendig mit der Person Harlans verbunden. Die Gerichte haben nicht zu beurteilen, ob diese Zielsetzung sachlich zu billigen ist, sondern nur, ob ihre Bekundung in der vom Beschwerdeführer gewählten Form rechtlich zulässig war. [...] Die Äußerungen des Beschwerdeführers müssen im Rahmen seiner allgemeinen politischen und kulturpolitischen Bestrebungen gesehen werden. Er war von der Sorge bewegt, das Wiederauftreten Harlans könne - vor allem im Ausland - so gedeutet werden, als habe sich im deutschen Kulturleben gegenüber der nationalsozialistischen Zeit nichts geändert; wie damals, so sei Harlan auch jetzt wieder der repräsentative deutsche Filmregisseur. Diese Befürchtungen betrafen eine für das deutsche Volk sehr wesentliche Frage, im Grunde die seiner sittlichen Haltung und seiner darauf beruhenden Geltung in der Welt. Dem deutschen Ansehen hat nichts so geschadet wie die grausame Verfolgung der Juden durch den Nationalsozialismus. Es besteht also ein entscheidendes Interesse daran, daß die Welt gewiß sein kann, das deutsche Volk habe sich von dieser Geisteshaltung abgewandt und verurteile sie nicht aus politischen Opportunitätsgründen, sondern aus der durch eigene innere Umkehr gewonnenen Einsicht in ihre Verwerflichkeit. [...] **IV.** Das Bundesverfassungsgericht ist auf Grund dieser Erwägungen zu der Überzeugung gelangt, daß das Landgericht bei seiner Beurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers die besondere Bedeutung verkannt hat, die dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung auch dort zukommt, wo es mit privaten Interessen anderer in Konflikt tritt. Das Urteil des Landgerichts beruht auf diesem Verfehlen grundrechtlicher Maßstäbe und verletzt so das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1

Aí estavam dispostos, afinal, todos os elementos ou requisitos intrínsecos do juízo de proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Está última bem se revelou na avaliação de que, ao lado da própria liberdade de expressão (que não se exaure na expressão mesma da ideia, mas avança também para a consecução dos efeitos intelectuais por ela visados¹²⁸³), militavam outros interesses — como o da própria “*mea culpa*” nacional perante a opinião pública mundial — que objetivamente preponderavam sobre os interesses econômicos e patrimoniais de HARLAN e de seus parceiros comerciais. Em outras palavras, admitia-se que “[o] *direito da liberdade de expressão não pode se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por meio do exercício da liberdade de expressão*”; mas, para se aferir a presença de tais interesses superiores, era mister analisar *todas as circunstâncias do caso* (“*aller Umstände des Falles*”) — inclusive algumas extrassistemáticas, como a imagem da República Federal da Alemanha perante a comunidade internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial (aparelhando, por consequência, a ideia mesma de *capacidade de aprendizagem* das normas jusfundamentais, com a sua abertura à sinépica e às pré-compreensões — v., *supra*, o tópico 12.2, n. III). E, feito esse complexo escrutínio, a balança pendeu em favor de LÜTH.

A partir daí, espalhou-se, por livros e julgados de toda a Alemanha Federal (e depois para fora dela), a ideia da “*Ausstrahlungswirkung*” e a técnica da ponderação judicial. Como observou ALEXY,

“Na decisão do caso *Lüth* há três idéias que **serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional alemão**. A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos

GG. *Es ist deshalb aufzuheben*” (disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013097.html>, acesso em 06.02.2011). V. também Jürgen Schwabe, *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Leonardo Martins [org.], trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp.381-395. Doravante, todas as consultas e transcrições de julgados do *BVerfG* terão sido extraídas dessas mesmas fontes (<http://www.servat.unibe.ch> e Schwabe, *Cinquenta anos...*), se outras não estiverem expressamente indicadas.

¹²⁸³ No caso, o fracasso de crítica e de público do filme “Minha Amada Imortal”, com o resgate histórico da participação de HARLAN na propaganda nazifascista. *In verbis*: “6. *Das Grundrecht des Art.5 GG schützt nicht nur das Äußern einer Meinung als solches, sondern auch das geistige Wirken durch die Meinungsäußerung*”.

defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar o Tribunal Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde o Tribunal fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso *Lüth* era a afirmação de que os valores ou princípios de direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, mas muito além disso, a ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. **Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento.** A grande lição da decisão do caso *Lüth*, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”¹²⁸⁴.

E, na sequência, arrematou:

“Do ponto de vista metodológico, o conceito de balanceamento é o conceito central na prestação jurisdicional da Corte Constitucional Federal, que muito desenvolveu a linha primeiramente assentada na decisão do caso *Lüth*. Ao contrário de se opor uma construção dos direitos fundamentais ampla e compreensiva a uma outra estreita e estrita, pode-se, então, **justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção** [i.e., princípios v. regras]. É neste ponto que surge a questão: qual dessas duas construções fornece uma maior racionalidade ao controle de constitucionalidade – a que requer a subsunção ou a que requer o balanceamento?” (*g.n.*).

Adiante, concluiria pela indelével racionalidade dos juízos de balanceamento (a que corresponde o elemento da proporcionalidade em sentido estrito), tanto quanto a dos juízos subsuntivos, refutando convincentemente as duas objeções de HABERMAS, quanto ao deslocamento das decisões jurídicas para um reino que não lhes pertence — o do “adequado v. inadequado” (campo da descrição), e já não o do “certo v. errado” (v., *supra*, tópico 5.2, n. VI) — e quanto à diluição da racionalidade jurídica na irracionalidade dos

¹²⁸⁴ Robert Alexy, “*Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*”, in *Ratio Juris*, Oxford, Blackwell, jun./2003, v. 16, n. 2, pp.131-140 (disponível em [http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/\(ISSN\)1467-9337](http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/(ISSN)1467-9337), acesso em 06.02.2011 — *g.n.*). A expressão entre aspas estilizadas, extraiu-a de *BverfGE* 95, 173, 187: “*Es wird deshalb eine ‘Güterabwägung’ erforderlich*”.

oceanos de razões políticas que podem se transmutar em argumentos (o que converge, em certa medida, para as críticas de HIRSCHL ao ativismo judicial, *supra*, no tópico 13.3). Mas isso não nos interessa neste momento (até porque já cuidamos de contestar, alhures, tais ordens de objeções).

III. Outro julgado paradigmático, de necessária referência, é aquele relativo ao caso *Lebach* (*BVerfGE* 35, 202). Em 1969, um indivíduo cooperou, como mero partícipe, na ação de latrocínio de dois outros homens, na localidade de Lebach, o que gerou grande estrépito na opinião pública, com ampla cobertura midiática. A ocorrência tornou-se nacionalmente conhecida como o “assassinato de soldados em Lebach” (“*Der Soldatenmord von Lebach*”). Em 1970, os dois latrocidistas foram condenados pelo tribunal do júri à prisão perpétua, enquanto o reclamante, igualmente condenado, deveria cumprir pena de seis anos de reclusão. Seis anos depois, a *ZDF* (“*Zweites Deutsches Fernsehen*”) decidiu produzir um documentário sobre o ocorrido, apresentando, com nomes e fotografias, não apenas os dois réus condenados ao ergástulo, mas também o próprio reclamante; e deveria ser exibida na sexta-feira à noite, pouco antes da soltura prevista para o reclamante. A peça não se limitava, ademais, a descrever objetivamente os fatos. Contava com a representação de atores, em esquetes nos quais faziam as vezes dos reais personagens e realçavam o tipo de relação havida entre os mesmos, sugerindo supostas ligações homossexuais.

O reclamante tentou obter em juízo uma medida liminar que obstasse a exibição do documentário, mas tanto o tribunal estadual de Mainz quanto o tribunal superior do Estado de Koblenz negaram-lhe esse direito. Apresentou então ao *BVerfG* a reclamação constitucional sob comento, julgada enfim procedente no dia 05.06.1973, para impedir a transmissão da peça até o julgamento final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes. O Tribunal Constitucional Federal vislumbrara uma violação, perpetrada pelos tribunais “*a quo*”, do direito do reclamante ao desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, 1, da *GG*), e, no mesmo diapasão, entendera que uma intervenção na liberdade de radiodifusão da *ZDF* era, nesse caso, constitucionalmente justificada (o que significava que até então o reclamante estava desamparado, por insuficiência de tutela judicial).

Para assim decidir, o *BVerfG* teve de **ponderar**:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida d programa. **Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.** **2.** As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística [*Kunsturhebergesetz*] oferecem espaço suficiente para uma **ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) da liberdade de radiodifusão** segundo o Art. 5, I, 2, GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2, I, c. c. Art. 5, I, 2, GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência sobre o outro. No caso particular, a **intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.** **3.** Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, **deve ser observado**, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, **o princípio da proporcionalidade**; segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, entretanto, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e a sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex., na forma de um documentário. **Um noticiário posterior será de qualquer forma inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).** [...]”¹²⁸⁵.

¹²⁸⁵ No original: “**1.** Eine Rundfunk- oder Fernsehanstalt kann sich grundsätzlich für jede Sendung zunächst auf den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Die Rundfunkfreiheit deckt sowohl die Auswahl des dargebotenen Stoffes als auch die Entscheidung über die Art und Weise der Darstellung einschließlich der gewählten Form der Sendung. Erst wenn die Rundfunkfreiheit mit anderen Rechtsgütern in Konflikt gerät, kann es auf das mit der konkreten Sendung verfolgte Interesse, die Art und Weise der Gestaltung und die erzielte oder voraussehbare Wirkung ankommen. **2.** Die Vorschriften des §§ 22, 23 KunstUrhG bieten ausreichenden Raum für eine Interessenabwägung, die der Ausstrahlungswirkung der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einerseits, des Persönlichkeitsschutzes gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG andererseits Rechnung trägt. Hierbei kann keiner der beiden Verfassungswerte einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen. Im Einzelfall ist die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich gegen das Informationsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen. **3.** Für die aktuelle

Definiu-se, pois, que a liberdade de radiodifusão pode, inclusive, irradiar efeitos limitadores para posições jurídicas derivadas dos direitos de personalidade (assim, *e.g.*, a veiculação de uma notícia verdadeira e socialmente relevante que macule a honra de pessoa pública). Mas, em todo caso, caberá perquirir a *proporcionalidade*: o dano causado à pessoa não pode ser desproporcional em relação ao significado social da divulgação dos fatos para a comunicação livre. O juízo de ponderação deverá considerar, ademais, a intensidade de intervenção no âmbito da personalidade humana, por um lado, e o interesse social concreto na informação, por outro: pela própria *lei de diminuição da utilidade marginal* (ALEXY¹²⁸⁶), maior será a resistência — e portanto mais valiosos devem ser os princípios e interesses contrapostos — quanto maior for o grau de intervenção no direito fundamental (deveras intenso nesse caso, visto que [a] o reclamante voltaria ao convívio social logo após a exibição do programa e [b] o documentário não se limitava a reproduzir os fatos, pois também expunha aspectos da vida privada dos envolvidos). No caso *Lebach*, portanto, o feixe de princípios e interesses contrapostos não fora suficiente para justificar tão intensa intervenção. A notícia sequer era nova, o que comprometia a precedência geral da liberdade de informar, sobretudo evocável quando se trata de informações atuais sobre atos criminosos. Ou, na formulação lógica de ALEXY:

“ T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow RE$. [...] Ou seja: uma notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T_4), é **proibida** do ponto de vista dos direitos fundamentais”¹²⁸⁷.

Berichterstattung über schwere Straftaten verdient das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters. Jedoch ist neben der Rücksicht auf den unantastbaren innersten Lebensbereich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten; danach ist eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation des Täters nicht immer zulässig. Der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit läßt es jedoch nicht zu, daß das Fernsehen sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus etwa in Form eines Dokumentarspiels zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befaßt. Eine spätere Berichterstattung ist jedenfalls unzulässig, wenn sie geeignet ist, gegenüber der aktuellen Information eine erheblich neue oder zusätzliche Beeinträchtigung des Täters zu bewirken, insbesondere seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft (Resozialisierung) zu gefährden” (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013097.html>, acesso em 06.02.2011). V. também Schwabe, *Cinqüenta anos...*, pp.486-494.

¹²⁸⁶ Como consequência dessa lei, “os direitos constitucionais ganham sobreproporcionalmente em força na medida em que a intensidade das interferências cresce” (Robert Alexy, “*Constitutional Rights...*”, p.139).

¹²⁸⁷ *Theorie...*, p.86 (g.n.).

IV. Tal formulação tem hoje especial relevância no contexto jurisprudencial brasileiro, em que as sucessivas causas constitucionais sobre leis e liberdade de imprensa têm conduzido ao indevido convencimento de que a liberdade de imprensa é ontologicamente *absoluta* e, portanto, estaria blindada contra qualquer espécie de controle prévio (“censura”) dos conteúdos a divulgar, inclusive pela via judicial. Nessa precisa direção, o Min. AYRES BRITTO, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, chegou a afirmar que

“[n]ão há como entendermos o que significa imprensa livre se não a cultivarmos na categoria de um **direito inviolável, fundamental, inegociável** – e, mais do que isso, **absoluto**”¹²⁸⁸ (g.n.).

Ora, uma afirmação como essa nega, a um tempo, a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da CRFB) — porque delimita um universo de casos que não se sujeitaria ao controle judicial preventivo ou cautelar — e a própria imanência constitucional do princípio da proporcionalidade, já que haveria direitos e liberdades absolutos “*in universum*” (logo, jamais sujeitos à ponderação, como se o seu conteúdo essencial intangível correspondesse à sua dimensão total). Agride-se, ademais, a própria teoria dos direitos fundamentais. Afinal, se temos por adquirido que a norma constitucional atribuidora da liberdade de imprensa tem natureza de norma-princípio¹²⁸⁹, então será da sua

¹²⁸⁸ Palestra proferida no Seminário “*Liberdade de Imprensa e Democracia na América Latina*” (São Paulo, Observatório da Imprensa, 14.10.2010). Para AYRES BRITTO, o sistema jurídico albera diversos *direitos e liberdades absolutas*: a inviolabilidade do voto, o direito a não ser torturado e a liberdade de imprensa estaria entre eles. A ilação, porém, não parece ter acolhida sequer no próprio STF: “**As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, 1ª parte)**” (HC 82.424/RS, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 09.04.2003).

¹²⁸⁹ A saída hermenêutica possível para cancelar a tese da “liberdade absoluta” da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação seria reconhecer, no artigo 5º, IX, da CRFB, não uma norma-princípio, mas uma *norma-regra* (i.e., sujeita a juízos de subsunção), tal como sugere ALEXY em relação ao artigo 5º, 1, da GG. Mas, mesmo no caso alemão, o autor termina por reconhecer — diante de restrições expressas nos artigos 5º, 2, e 18, é verdade — que “[v]erstünde man dies als vollständige Regel, so erhielte man ein schrankenloses Recht, was angesichts der Tatsache, daß es **Fälle gibt, in denen gegenläufige Prinzipien dem der Kunstfreiheit vorgehen, nicht richtig sein kann**” [g.n.]; o que significa, em outras palavras, que as liberdades fundamentais de expressão e de imprensa dimanam de normas dotadas de “*Doppelcharakter*” (Theorie..., p.122): têm caráter de regra, mas também de princípio (no plano das restrições constitucionalmente possíveis). Daí ser certo que, ao menos na sua dimensão principiológica, admitirão ponderações. Ora, não nos parece que seja diferente no Brasil, malgrado inexistir restrição expressa no artigo 5º, IX, da Constituição. Mas, se isso bastasse para se reputarem “absolutas” tais liberdades, teatros

própria estrutura a permeabilidade a juízos de ponderação (ALEXY¹²⁹⁰, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA¹²⁹¹). Foi o que se decidiu, “*mutatis mutandis*”, no caso *Lebach*, proibindo-se cautelarmente, na esfera judicial, a transmissão do programa televisivo que comprometia a ressocialização do condenado. E se foi (e é) assim para a liberdade de radiodifusão, não poderia ser diferente para a liberdade de imprensa: como consta do voto condutor em *Lebach*, “[a]pesar da definição parcimoniosa de seu teor (‘noticiário’), **a liberdade de radiodifusão não se distingue essencialmente da liberdade de imprensa**” (g.n.). Ambas se sujeitam, portanto, à proporcionalidade e ao consequente balanceamento na casuística concreta.

V. Quanto à segunda sede temática, sabemos já que a garantia prevista pelo artigo 19, 2, da GG — dita do conteúdo essencial (“*Wesensgehaltgarantie*”) ou ainda do núcleo essencial (“*Wesenskerntgarantie*”) — é de difícil isolamento conceitual (v., *supra*, o tópico 12.2). A tese de que essa garantia deveria corresponder aos limites da dignidade da pessoa humana foi rejeitada, inclusive no âmbito do próprio *BVerfG* (v., p.ex., *BVerfGE* 109, 279), por razões de ordem sistemática: primeiramente porque, a ser assim, a cláusula pétrea do artigo 79, 3, da GG tornaria o artigo 19, 2, supérfluo; e, depois, porque nem todos os direitos fundamentais têm relação com a dignidade humana (mas todos estão sob a garantia do mesmo artigo 19, 2). De outra parte, ante todas as teorias já apresentadas *supra* (a absoluta e a relativa, por um lado, e a objetiva e a subjetiva, por outro), e mesmo em face das quatro combinações teóricas possíveis (absoluto-objetiva, absoluto-subjetiva, relativo-objetiva, relativo-subjetiva), é certo que até hoje a jurisprudência da *BVerfG* **não tomou posição definitiva** (embora já venha há algum tempo associando a “*Wesensgehaltgarantie*” a posições individuais — logo, à teoria subjetiva —, como em *BVerfGE* 6, 32, *BVerfGE* 7,

pornográficos poderiam ser abertos à assistência de menores em plena luz do dia e opiniões caluniosas jamais desafiariam condenações criminais ou indenizações civis...

¹²⁹⁰ “[...] *Der Prinzipiencharakter impliziert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und dieser impliziert jenen*” (*Theorie...*, p.100).

¹²⁹¹ “A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. [...] Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são [sic] princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...] admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação” (“*O proporcional...*”, pp.43-44).

377 ou *BVerfGE* 13, 97¹²⁹²). Ao contrário, chega mesmo a evitar a menção do dispositivo, como há pouco observava SCHWABE. Do ponto de vista doutrinário, porém, supomos que a melhor solução — a mesma de SCHWABE, e que já manifestamos alhures — seja a que elege a **teoria absoluto-objetiva**: “*buscar definir o conteúdo essencial em face da liberdade do atingido (teoria subjetiva), sem ceder às tentações de ponderação (opção pela teoria absoluta)*”¹²⁹³, ao menos nessa seara (artigo 19, 2).

Descendo à casuística, visando a uma melhor apreensão dos balizamentos do *BVerfG* nesta matéria, merecem menção ilustrativa os casos registrados em *BVerfGE* 2, 266; 34, 238; 45, 187; e 69, 315. Vejamos.

Em *BVerfGE* 2, 266 (1953), chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade das restrições ao direito de ir e vir impostas por lei a cidadãos alemães na zona de ocupação militar soviética, o recém-criado Tribunal Constitucional Federal se esquivou de uma interpretação objetiva ou subjetiva do artigo 19, 2, registrando ser desnecessário decidir se o preceito proibia a privação total de um direito fundamental em um caso específico (ponto de vista subjetivo) ou se pretendia evitar que o núcleo do direito fundamental viesse a ser afetado por uma restrição de caráter geral-abstrato (ponto de vista objetivo). A liberdade de conformação dada pelo artigo 11, 2, não poderia ser contrastada pelo artigo 19, 2, ou se produziria uma contradição interna no sistema constitucional alemão, ao menos nesse caso (notadamente porque o legislador teria atuado dentro da sua esfera de discricionariedade política). Uma vez abstraída essa questão — e conquanto reconhecesse aos alemães a preservação da sua liberdade de ir e vir em toda a zona de ocupação soviética e no setor soviético de Berlim —, o *BVerfG* terminou reconhecendo a constitucionalidade da lei restritiva, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo assumindo o risco de, com isso, contrariar o que provavelmente fora a “*mens legislatoris*” histórica¹²⁹⁴ (embora dela geralmente mantivesse, quase como compromisso, o máximo do que era possível, em consonância com a *GG* e a “*Wortlaut*” — v. *BVerfGE* 8, 28). Essa foi a

¹²⁹² Robert Alexy, *Theorie...*, p.268.

¹²⁹³ Schwabe, *Cinquenta anos...*, pp.94-95.

¹²⁹⁴ *In verbis*: “**4.** Ein Gesetz nicht verfassungswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt”.

primeira de uma série de hesitações do *BVerfG* quanto ao sentido do artigo 19, 2, da *GG* (não obstante se observasse, nas décadas seguintes, uma propensão para os pontos de vista *absoluto* e *subjetivo*, como anteriormente anotado e adiante reforçado).

Em *BVerfGE* 34, 238 (1973), o *BVerfG* extremou insofismavelmente as figuras da garantia de conteúdo essencial e do princípio da proporcionalidade (contrariando os que tendem a confundir tais âmbitos, como o próprio ALEXY¹²⁹⁵), ao pontuar que

“[o] mandamento de força constitucional de respeitar esse núcleo da esfera íntima do indivíduo tem sua base no direito ao livre desenvolvimento de personalidade garantido pelo Art. 2 I GG. Na definição de conteúdo e alcance do direito fundamental do Art. 2 I GG deve ser considerado que, nos termos da norma fundamental do Art. 1 I GG, a dignidade humana é inviolável e que ela requer proteção e observância contra todo o poder público. Além disso, nos termos do Art. 19 II GG, também o direito fundamental do Art. 2 I GG não pode ser atingido em seu conteúdo essencial (*BVerfGE* 27, 344 [350 s.]; 32, 373 [379]). **Mesmo interesses preponderantes da coletividade não podem justificar uma intervenção no núcleo central, absolutamente protegido, da conformação da vida privada. Não se admite uma ponderação conforme ao princípio da proporcionalidade**” (*g.n.*).

Tratava-se, a propósito, de litígio originado na venda de um imóvel por alegados 495.000 marcos alemães, na data de 11.05.1970; desses, 70.000 foram pagos à parte, em moeda corrente, sendo apenas 425.000 citados em escritura. Para se garantir, o comprador teria tomado recibo de “empréstimo” no mesmo valor de 70.000, que destruiria após o registro da escritura (o que de fato ocorreu); no entanto, tempos depois o comprador apresentou novo documento de idêntico teor e cobrou indevidamente a restituição de 70.000 marcos. Os vendedores lavraram, por isso, boletim de ocorrência policial, por estelionato e falsificação de documento; e, para mais, providenciaram uma *fita fonográfica*

¹²⁹⁵ Robert Alexy, *Theorie...*, p.272. No entanto, em *BVerfGE* 22, 180, ao analisar a lei federal de assistência social que previa a internação de pessoas com “especial fraqueza de vontade”, “descontrole em seus desejos naturais” ou ainda as que corressem o risco de serem abandonadas, o *BVerfG* entendeu haver afetação inconstitucional ao conteúdo essencial do direito fundamental previsto no artigo 2º, 2, 2, da *GG* (= liberdade de agir), porque — compendiando todas as circunstâncias do caso — “*o objetivo de tratar um adulto não é suficiente como razão relevante para a privação da liberdade pessoal*”. Ora, houve aqui inapelável **ponderação** — logo, manejo do *princípio da proporcionalidade* —, indevidamente consumada sob o pálio do artigo 19, 2, da *GG* (v. Robert Alexy, *op.cit.*, pp.269-270).

(“*Tonband*”) de conversa havida em agosto de 1970 sobre o acordo verbal de 70.000 marcos “por fora” (conversa essa registrada sem o conhecimento ou o consentimento do comprador). Instaurou-se processo-crime, sendo réu o comprador; em seu bojo, o juízo de primeira instância de Osnabrück deferiu a juntada da fita como prova da acusação, decisão essa depois mantida pelo tribunal estadual de Osnabrück. Por conta disso, o comprador reclamou perante o *BVerfG*, entendendo que a decisão das instâncias ordinárias havia ferido seu direito fundamental calcado no artigo 2º, 1, da *GG*. O Tribunal Constitucional Federal registrou que o direito à vida privada, o direito à própria imagem e também o direito à palavra falada decorriam da norma do artigo 2º, 1, da *GG*, de modo que, “*em princípio, cada um por si mesmo e individualmente pode determinar quem deve gravar sua palavra, assim como se e diante de quem sua voz gravada pode ser reproduzida*”. De outra parte, considerou não se tratar, na espécie, de uma intervenção do poder público (Estado-juiz) no âmbito absolutamente protegido da personalidade (i.e., aquele que estaria sob o manto do artigo 19, 2); logo, a utilização da gravação seria permitida se fosse justificada por um interesse preponderante da coletividade. Não era, porém, o caso. Com efeito, passou-se a um juízo de *ponderação* (= proporcionalidade) e no final prevaleceram os princípios e interesses alinhavados pelo reclamante (o comprador) em favor de suas teses. Há aqui, de todo modo, um importante indicativo de que *as regras processuais* — como aquelas relativas à produção de provas em juízo — *sujeitam-se, também elas, a juízos de proporcionalidade*; logo, *não integram o núcleo essencial irreduzível* (“*Wesenskern*”) da garantia do “*procedural due process*” (o que significa, em uma expressão, que **admite inflexões concretas**).

Em *BVerfGE* 45, 187 (1977), o Tribunal Constitucional alemão assentou, a propósito da pena de *prisão perpétua* ainda cominada para o crime de homicídio qualificado (“assassinato”) no §211 do *StGB*¹²⁹⁶ (única pena prevista neste caso, o que impossibilitaria até mesmo a individualização da reprimenda), que tal previsão *não violaria* a garantia de conteúdo essencial do direito à liberdade pessoal (artigo 19, 2, c.c. artigos 2º,

¹²⁹⁶ “(1) Der Mörder wird **mit lebenslanger Freiheitsstrafe** bestraft. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet”.

1, e 11, 1, todos da *GG*), *desde que* restasse ainda ao preso uma possibilidade legal de alcançar o estado de liberdade por meio de uma suspensão da execução do restante da pena (o que implicava assegurar, ao menos em potência, a possibilidade futura de fruição mínima do direito fundamental). Para isso não bastava, ademais, a possibilidade legal de indulto. Atento à inteligência constitucional do *BVerfG*, o Poder Legislativo alemão introduziria o novo §57-A do *StGB*, regulamentando exatamente essa hipótese (suspensão da execução da pena de ergástulo, sob a condição de cumprimento mínimo de quinze anos de reclusão, sério convencimento acerca da desnecessidade de se manter o encarceramento e atendimento dos pressupostos gerais da suspensão da execução da pena). Ou, no teor da ementa:

“1. A pena de prisão perpétua para homicídio qualificado (§ 211 I StGB) é compatível com a *Grundgesetz*, na medida das seguintes ementas.

“2. Segundo o atual estágio do conhecimento científico, não se pode constatar que a execução da pena de prisão perpétua, conforme normas da Lei de Execução Penal, observando-se a atual prática de indulto, leve necessariamente a danos físicos e psíquicos irreparáveis que violem a dignidade humana (Art. 1 I GG).

“3. Um dos pressupostos da execução de pena compatível com a dignidade humana é que reste ao condenado à prisão perpétua, em princípio, uma chance de algum dia voltar a gozar da liberdade. Somente a possibilidade de indulto não é suficiente. Pelo contrário, o princípio do Estado de direito exige que as condições sob as quais a execução de uma pena de prisão perpétua possa ser suspensa e o procedimento aplicável sejam regulados por lei. [...]”.

Finalmente, em *BVerfGE* 69, 315 (1985), o *Bundesverfassungsgericht* pronunciou-se sobre o conteúdo essencial da liberdade de reunião (artigo 8º, 1, da *GG*). No início do ano de 1981, muitas ONG’s convocaram a população para um protesto público contra a construção da usina nuclear de Brokdorf, no noroeste da Alemanha. Antes mesmo da sua realização, a secretaria estadual competente proibiu a manifestação, sob a autoridade da Lei de Reuniões e Passeatas de 24.07.1953, objetando-a pela ausência de aviso prévio e pelos alegados riscos de investidas violentas contra a construção em andamento. A matéria foi judicializada e, por fim, o Superior Tribunal Administrativo de Lüneburg confirmou a legalidade da ordem proibitiva. Inconformados, os ativistas — e particularmente a “União

Federal de Iniciativas dos Cidadãos pela Proteção Ambiental” (“*Bundesverband Bürgerinitiativen Umweltschutz*”) — apresentaram reclamações constitucionais perante o *BVerfG*, julgadas procedentes em parte. Quanto à garantia de conteúdo essencial, assentou-se que os tribunais administrativos haveriam de atentar, em processos cautelares desse jaez, a que a imediata execução das ordens administrativas de proibição de manifestações tenderia sempre a representar, na prática, um *impedimento definitivo* da realização do direito fundamental, pela perda da melhor ou única oportunidade (dando-se, portanto, o menoscabo subjetivo da garantia do artigo 19, 2). Nesse diapasão,

“Enquanto a Constituição de *Weimar* determinou, de maneira expressa, no art.123, que as reuniões a céu aberto podiam ser ‘por lei do Reich submetidas à obrigação de anúncio prévio e, em caso de ameaça imediata à segurança pública, proibidas’, a *Grundgesetz* limita-se com uma reserva simples de lei, aparentemente ilimitada materialmente. **Isso não significa, contudo, que a força de validade da garantia desse direito fundamental reste limitado à área que o legislador a ela deixar, em respeito [somente] ao seu conteúdo essencial.** Como também o Ministro do Interior corretamente argumentou, vale, pelo contrário, o mesmo que para a liberdade de expressão do pensamento, que, segundo o teor da Constituição, até encontra suas limitações nos limites das leis gerais, mas cujo alcance não pode ser relativizado arbitrariamente por leis materiais comuns (sobre isso fundamentalmente: *BVerfGE* 7, 198 [207 s.]; cf. também *BVerfGE* 7, 377 [404]). Junto de quaisquer regulamentações limitadoras, o legislador deve respeitar as decisões fundamentais constitucionais firmadas no Art. 8 GG; **ele pode limitar exercício da liberdade de reunião somente para a proteção de outros bens jurídicos de mesma importância, sob estrita proteção do princípio da proporcionalidade.** [...] Quando a Administração Pública e o Judiciário interpretam e aplicam as leis restritivas do direito fundamental em pauta promulgadas pelo legislador, vale, igualmente, o mesmo que para a interpretação das prescrições sobre a limitação da liberdade de expressão do pensamento (cf. sobre isso *BVerfGE* 7, 198 [208]; 60, 234 [240]; sobre direito de reunião: *BVerwGE* 26, 135 [137]). A necessidade de intervenções limitadoras da liberdade no âmbito da liberdade de reunião pode resultar do fato de o manifestante, por meio do exercício de tal liberdade, afetar as posições jurídicas de terceiros. Também no caso dessas intervenções, os órgãos estatais devem interpretar as leis limitadoras dos direitos fundamentais sempre à luz do significado basilar desse direito fundamental no Estado democrático de liberdade e

limitar-se, em suas medidas, ao que é necessário para a proteção de bens jurídicos de igual valor. Seriam, então, **incompatíveis com tais exigências as medidas da Administração pública que fossem além da aplicação das leis limitadoras de direitos fundamentais e, de alguma forma, dificultassem, de maneira não-razoável, o acesso a uma manifestação coletiva mediante uma dificuldade da chegada de carros e por controles preventivos morosos**, ou modificassem o seu caráter não-regulamentado e livre do Estado mediante excessivas observações e registros (cf. ainda: BVerfGE 65, 1 [43])” (g.n.).

Mais uma vez, o *BVerfG* desenvolveu a ideia dos níveis sucessivos de proteção das posições jusfundamentais, evoluindo de um nível mais rígido (o do conteúdo essencial) para outro mais plástico (o da proporcionalidade), ambos perfeitamente distinguidos entre si (como em *BVerfGE* 34, 238; v., no entanto, a nota n. 1295). Pode-se ademais sacar do aresto algumas novas lições: mesmo diante de autorizações constitucionais de conformação (como a do artigo 8º, 2, da *GG*), o legislador não pode restringir um direito fundamental a ponto de aniquilá-lo efetiva, virtual ou potencialmente (lógica do “*tertium non datur*”: ou a medida afeta o conteúdo essencial — e é por isso inconstitucional — ou não o afeta); nem tampouco pode restringi-lo de modo desproporcional (lógica da *exclusão marginal*: todas as conformações são possíveis “*a priori*”, afastando-se as desproporcionais em prognose objetivo-posterior). As restrições que afetam conteúdos essenciais estão banidas do sistema constitucional alemão por força de um preceito autônomo (artigo 19, 2); mas, onde ele não existe, a proscrição de tais restrições pode estar imanente à garantia do “*substantive due process*”, nomeadamente nos países que não positivaram a “*Wesensgehaltgarantie*” e no entanto consagraram a “*due process clause*” (como, *e.g.*, Brasil e EUA).

VI. Em todos esses casos, foram essencialmente manejados e combinados aqueles três consectários que acima vinculávamos ao conceito de “*substantive due process*” (tópico 12.2): garantia de indenidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, capacidade de aprendizagem das normas jusfundamentais. Aspectos que, vimos, a própria *U.S. Supreme Court* havia açambarcado, no curso de um século e meio de jurisprudência, sob o “*umbrella-term*” do devido processo substantivo. Nesse enalço, portanto, não podem restar dúvidas de que, embora sob outros rótulos, o Tribunal Constitucional Federal alemão igualmente tem aplicado, para a proteção da vida, das

liberdades, da propriedade e de seus desdobramentos, e sobretudo em face do Estado nas suas várias manifestações (Estado-administração, Estado-legislador, Estado-juiz), aquela mesma plêiade de garantias que os tribunais americanos têm reconhecido sob o dístico da “*due process clause*” (dimensão substantiva).

15.3. “*SUBSTANTIVE DUE PROCESS*” E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PORTUGAL)

I. Em Portugal, como na Alemanha, não se encontram, no repositório de jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, referências de relevo ao devido processo substantivo (provavelmente porque, como no caso alemão, a CRP não trouxe a locução “devido processo legal” à superfície dos seus textos). Empregase, sim, a expressão “devido processo legal” (em acórdãos e razões), mas para significar apenas “*procedural due process*” (v., e.g., TC, Proc. n. 681/1999, Ac. n. 3/2000, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO, j.05.01.2000¹²⁹⁷; TC, Proc. n. 265/1997, Ac. n. 588/2000, rel. Cons. SOUSA E BRITO, j. 20.12.2000; STJ, Proc. n. 08P1795, rel. ARMINDO MONTEIRO, j. 21.05.2008; STJ, Proc. n. 08P3968, rel. Cons. ARMINDO MONTEIRO, j. 04.12.2008¹²⁹⁸). A essa aceção dedicaremos o tópico 20.3 (*infra*); agora, interessa apenas a dimensão substancial.

¹²⁹⁷ *In verbis*: “Diz o art. 20º, nº 2, da Constituição, que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos. Neste direito de acesso aos tribunais está abrangido **o direito a um processo justo, a um processo devido, ao devido processo em justiça e direito, a um processo que assegure a tutela efectiva dos direitos e interesses legítimos dos justiciáveis, a um processo não arbitrário mas garantístico**” (in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000588.html> — acesso em 07.02.2011 [g.n.]). Doravante, todas as consultas e transcrições de julgados do Tribunal Constitucional português terão sido extraídas dessa mesma fonte (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>), assim como as consultas e transcrições de julgados do Supremo Tribunal de Justiça português terão sido extraídas de <http://www.dgsi.pt> (Bases Jurídico-Documentais do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, do Ministério da Justiça português), se outras não estiverem expressamente indicadas. O último repositório servirá, ainda, para a pesquisa de acórdãos do TC anteriores a 1998.

¹²⁹⁸ *In verbis*: “*Originariamente ele assume-se como garantia de que nenhum cidadão podia ser preso ou processado a não ser em virtude de um ‘julgamento legal por seus pares e na forma da lei do país’, aproximando-se do conceito do devido processo legal (due process of law)*” (doc. n. SJ200812040039683). A referência cessa, porém, no dado histórico, sem desenvolvimento de conteúdos.

E, nessa linha, considerando-se os conteúdos já identificados *supra* (conteúdo essencial, proporcionalidade, capacidade de aprendizagem), nota-se que a referência à *proporcionalidade* é em tudo recorrente. Na República de Portugal, o princípio da proporcionalidade — ou, como frequentemente se lê, da “ponderação vinculada” (afinando-se à expressão alemã “*gebundene Abwägung*”) — vem sendo iterativamente evocado pelo Tribunal Constitucional para a solução judicial de conflitos que implicam colisão de direitos fundamentais; e, no campo processual, muito particularmente em matéria de escutas e interceptações telefônicas¹²⁹⁹. Mas ainda exsurge noutras matérias, notadamente em âmbito tributário¹³⁰⁰ e administrativo¹³⁰¹, e geralmente com base no artigo 18º, 2, da CRP¹³⁰². O Supremo Tribunal de Justiça também o tem aplicado, sob o mesmo fundamento constitucional (embora nem sempre sob a explícita rubrica da “proporcionalidade”), inclusive em tema de obtenção de provas biológicas¹³⁰³.

Vejamos alguns casos paradigmáticos.

II. O Tribunal Constitucional português, em diversos arestos, tem se valido do princípio da proporcionalidade para equacionar os chamados “*hard cases*”. E amiúde o faz

¹²⁹⁹ V., e.g., TC, Proc. n. 179/1995, rel. Cons. TAVARES DA COSTA; TC, Proc. n. 181/2004, Ac. n. 379/2004, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO, j. 01.06.2004.

¹³⁰⁰ Cf., e.g., TC, Proc. n. 697/1997, Ac. n. 379/2004, rel. Cons. VITOR NUNES DE ALMEIDA, j. 26.11.1997; TC, Proc. 572/1997, Ac. n. 430/1998, rel. Cons. VITOR NUNES DE ALMEIDA, j. 16.06.1998; TC, Proc. n. 582/1997, Ac. n. 433/1998, rel. Cons. MARIA HELENA BRITO, j. 16.06.1998; TC, Proc. n. 889/2009, Ac. n. 45/2010, rel. Cons. CARLOS FERNANDES CADILHA, j. 03.03.2010.

¹³⁰¹ Cf., e.g., TC, Proc. n. 456/1997, Ac. n. 254/1999, rel. Cons. SOUSA E BRITO, j. 04.05.1999. No campo da Administração Pública, o princípio da proporcionalidade emana diretamente do artigo 266º, 2, da CRP (o que vale, ademais, também para a matéria tributária).

¹³⁰² Artigo 18º, 2, da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Já o fundamento teórico, como veremos, é geralmente extraído do princípio do Estado de Direito. Diga-se, ademais, que, em numerosos arestos, o TC evoca o princípio da proporcionalidade *penal* (e.g., TC, Proc. n. 228/2006, Ac. n. 679/2006, rel. Cons. PAULO MOTA PINTO, j. 12.12.2006); não vamos, porém, incluí-los no presente tópico, por ser discutível que se cuide do mesmo princípio hermenêutico-instrumental ora em causa (ao revés, o *princípio da proporcionalidade das penas* mais se assemelha a um *princípio jurídico* diretamente aplicável em sede penal, tributário da “*ultima ratio*” jurídico-penal, conquanto também enraíze sua “*ratio essendi*” na adequação e na necessidade da pena). De todo modo, ver-se-á logo abaixo “*hard case*” em que, partindo de considerações indiscutivelmente fundadas no princípio instrumental e tripartido da proporcionalidade, o Cons. NUNES DE ALMEIDA termina chegando ao princípio da subsidiariedade penal e àquela própria ideia de “*ultima ratio*” (Ac. TC n. 634/93 — *infra*, n. IV). Logo, se não se confundem, comunicam-se com intimidade.

¹³⁰³ Cf., e.g., STJ, RR, Proc. n. 96A901, rel. Cons. FERNANDO FABIÃO, j. 11.03.1997 (doc. n. SJ199703110009011).

como se deve: não como mero recurso retórico — como na crítica de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA a alguns julgados do STF¹³⁰⁴ — ou como sucedâneo da ideia de razoabilidade (tendência nos EUA), mas com todo o critério analítico herdado da doutrina alemã: aferição, passo a passo, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (sem, porém, atribuição numérica de pesos, que parece ser o “ideal” alexyano). E já é assim há quase trinta anos, a partir da primeira revisão constitucional da CRP e da consagração textual do Estado de Direito democrático (pois é no princípio do Estado de Direito que doutrina e jurisprudência portuguesas geralmente radicam o fundamento teórico do princípio da proporcionalidade). É o que se lê, em extensa e elucidativa narração, no Ac. TC n. 302/2001¹³⁰⁵:

“Entre nós, a consagração constitucional do princípio da proporcionalidade não merece contestação, pelo menos desde 1982. Com efeito, a Constituição da República Portuguesa, desde a primeira revisão constitucional, consagra no seu artigo 2º o *Estado de direito democrático*, sendo certo que o princípio da proporcionalidade se encontra ínsito nesse conceito político-jurídico, do qual constitui uma necessária decorrência.

“O mesmo princípio da proporcionalidade aflora, aliás, em várias disposições constitucionais relevantes: no artigo 18º, nº 2, relativo às restrições aos direitos, liberdades e garantias; no artigo 19º, nº 4, impondo expressamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade na opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como nas respectivas declaração e execução; no artigo 19º, nº 8, no que concerne às providências a tomar pelas autoridades com vista ao restabelecimento da normalidade constitucional; no artigo 28º, nº 2, relativo à prisão preventiva; no artigo 30º, nº 5, prevendo as limitações a direitos fundamentais que decorram das exigências próprias da execução de penas ou medidas de segurança ou inerentes ao sentido da condenação; no artigo 266º, nº 2, que consagra expressamente a subordinação dos órgãos e agentes administrativos ao princípio da proporcionalidade; no artigo 270º, relativo às restrições ao exercício de direitos dos militares e agentes militarizados, bem como dos agentes dos serviços e forças de segurança; no artigo 272º, nº 2, referente às medidas de polícia.

¹³⁰⁴ “*O proporcional...*”, p.31. Para o autor, o princípio da proporcionalidade tem sido frequentemente evocado no STF como um “*topos*”, para efeitos retóricos, e não de modo sistemático, como haveria de ser. Sobre a polémica entre a Tópica e a Sistemática e a nossa opção pela última, v., *supra*, o tópico 5.1.

¹³⁰⁵ TC, Proc. n. 15/99, rel. Cons. MARIA HELENA BRITO, j. 27.06.2001.

“De resto, o Tribunal Constitucional tem sucessivamente reconhecido o valor constitucional do princípio da proporcionalidade (cfr., entre muitos outros: Acórdão n.º 25/84, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 2.º vol., pág. 7; Acórdão n.º 85/85, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 5.º vol., pág. 245; Acórdão n.º 64/88, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., pág. 319; Acórdão n.º 349/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 507; Acórdão n.º 363/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 79; Acórdão n.º 152/93, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 24.º vol., pág. 323; Acórdão n.º 634/93, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 26.º vol., pág. 205; Acórdão n.º 370/94, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 28.º vol., pág. 169; Acórdão n.º 494/94, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 28.º vol., pág. 433; Acórdão n.º 59/95, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 30.º vol., pág. 79; Acórdão n.º 572/95, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 32.º vol., pág. 381; Acórdão n.º 758/95, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 32.º vol., pág. 803; Acórdão n.º 958/96, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 34.º vol., pág. 397; Acórdão n.º 1182/96, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 35.º vol., pág. 447).

“É assim possível encarar o princípio da proporcionalidade como um princípio objectivo da ordem jurídica. E, **se é certo que a aplicação do princípio da proporcionalidade se viu inicialmente restrita à conformação dos actos dos poderes públicos e à protecção dos direitos fundamentais, há que reconhecer que foi admitido o posterior e progressivo alargamento da relevância de tal princípio a outras realidades jurídicas, não se detectando verdadeiros obstáculos à sua actuação no domínio das relações jurídico-privadas.**

“Não se contesta portanto que o princípio da proporcionalidade seja princípio geral de direito, conformador não apenas dos actos do poder público mas também, pelo menos em certa medida, dos actos de entidades privadas e inspirador de soluções adoptadas pela própria lei no domínio do direito privado” (g.n.).

Está fora de dúvidas, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem irrefragável consagração no espaço jurídico lusitano, tanto no texto da Constituição de 1976 (com as sete revisões constitucionais que se seguiram à sua promulgação), em vários de seus dispositivos, como também na jurisprudência do Tribunal Constitucional (e, diga-se, também na do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais de relação), como resulta da extensa gama de casos citados no aresto acima transcrito, a que se associarão outros tantos

referidos aqui. Observa-se, ademais, que a jurisprudência do TC tem extraído a própria *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (“*Drittwirkung*”) do princípio da proporcionalidade, o que é interessante, porque permite que *os efeitos das leis* nas relações jurídico-privadas possam ser examinados sob o crivo da proporcionalidade (sendo inconstitucionais, portanto, aquelas que, se não oprimem diretamente direitos e liberdades fundamentais, rendem ensejo a que sujeitos privados o façam sob o manto da legitimidade formal da lei).

III. Pouco mais de um lustro antes, no Ac. TC n. 497/94¹³⁰⁶, o Tribunal Constitucional português assentou posição acerca da Decreto 161/VI da Assembleia da República¹³⁰⁷, que conferia aos agentes das forças ou serviços de segurança o poder de exigir a identificação de qualquer pessoa que se encontrasse ou circulasse em lugar público, aberto ao público ou sujeito à vigilância policial, com possibilidade de detenção da pessoa, por até seis horas, em caso de falta, recusa ou insuficiência de identificação (por “razões de segurança interna”, na precisa dicção da fonte). Reconheceu-se afinal a inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1º, 1, e 3º, 1; e, nas razões de decidir, o relator evocou o *princípio da proibição do excesso* (= princípio da proporcionalidade), que impinge “*uma obrigatória subordinação das medidas de polícia aos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade*”. Assegura-se, por essa via, que os atos públicos potencialmente lesivos de direitos fundamentais sacrifiquem ao mínimo as legítimas expectativas dos cidadãos.

Nessa esteira, o aresto fiou-se em decisão anterior do TEDH (*Guzzardi v. Itália*, 06.11.1980) e na doutrina de MAUNZ-DÜRIG (*Grundgesetz*, Kommentar, 104, 6 e 12) para contrapor a expressão “privação total ou parcial da liberdade”, do artigo 27º, 2, da CRP, à ideia de “restrições de liberdade que não se traduzem na sua privação total ou parcial”, estabelecendo, para a distinção, um critério *qualitativo* (não quantitativo): nas *privações de liberdade* (“*Freiheitsentziehung*”), dar-se-ia o *ataque direto* a uma dimensão

¹³⁰⁶ TC, Proc. n. 208/94, rel. Min. ANTERO ALVES MONTEIRO DINIS, j. 07.07.1994, in BMJ 439/69-121.

¹³⁰⁷ O TC atuou, neste caso, por provocação do Presidente da República, o que sugere “*de per se*” a importância conjuntural do caso. E, na decisão, houve nada menos que *quatro* declarações de voto vencido (num tribunal composto por treze conselheiros).

da própria dignidade da pessoa humana, com confinamento e supressão da liberdade corporal-espacial, enquanto nas *limitações de liberdade* (“*Freiheits-beschränkung*”) haveria apenas *condicionalidades* para o pleno desenvolvimento daquela dimensão (alguém é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local ou de permanecer em certo espaço, por certas razões; mas pode aceder a qualquer outro). À vista disso, reconheceu-se que a detenção de pessoa insuspeita por até seis horas não atendia às hipóteses constitucionais do artigo 27º, 3, da CRP (entre as quais está a detenção de suspeitos para identificação e a detenção judicial para comparência em juízo) e tampouco era hipótese de “*Freiheits-beschränkung*”, mas de iniludível “*Freiheitsentziehung*” (dada a possibilidade de limitação total do direito de circular livremente), donde a inconstitucionalidade por restrição desproporcional ao direito fundamental consagrando pelo artigo 27º, 1, da CRP. O princípio da proporcionalidade serviu, pois, como mecanismo de controle abstrato dos poderes de conformação do legislador português *ex* artigo 27º, 3, da CRP.

IV. Na mesma época, em sede criminal, o TC julgou inconstitucional a norma do artigo 132º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo DL n. 33.252/43, na parte em que cominava sanções penais próprias de desertor àquele que, sendo tripulante de um navio, deixasse-o partir para o mar sem embarcar, imotivadamente (ou “sem motivo justificado”), ainda que não desempenhasse funções diretamente relacionadas à manutenção, à segurança e/ou à equipagem do mesmo navio. E o tribunal o fez outra vez com arrimo no princípio da proporcionalidade, esgrimindo argumentos que bem calhariam às construções da *U.S. Supreme Court* em torno do “*judicial scrutiny*” e, por conseguinte, do “*substantive due process*” (*supra*, tópicos 10.1.5.2, 10.1.5.3 e 15.1, especialmente n. III). Vejamos.

Lê-se no Ac. TC n. 634/93¹³⁰⁸ que a norma restritiva de liberdade, então vazada

¹³⁰⁸ TC, Proc. n. 94/92, rel. Cons. LUÍS NUNES DE ALMEIDA, j. 04.11.1993. De mesmo feitio e mesma matéria foram, ademais, os acórdãos TC ns. 650/93 e 211/95 (respectivamente, Proc. n. 451/91, rel. Cons. LUÍS NUNES DE ALMEIDA, j. 04.11.1993, e Proc. n. 607/92, rel. Cons. MARIA FERNANDA PALMA, j. 20.04.1995).

no Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, não podia resistir ao terceiro (sub)juízo decorrente do princípio da proporcionalidade, i.e., a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual “*não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos*”. Com efeito, ao tornar criminosa a conduta de um trabalhador de bordo cujas funções não estão direta e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas vinculadas apenas à atividade econômica desenvolvida por meio dele, a norma penal violava a proibição constitucional de excesso; e a violava, se não por outra razão, porque o Direito Penal só deveria intervir onde se verificassem lesões insuportáveis para as condições comunitárias essenciais ao livre desenvolvimento e realização da personalidade humana (FIGUEIREDO DIAS), o que não era o caso. Sopesando os diversos bens e valores “*in casu*” afetados, sempre com vista à “*ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto*”, e embora reconhecendo que o juízo sobre a necessidade social do aparato legislativo jurídico-penal situa-se primeiramente no largo âmbito de discricionariedade do legislador (a quem cabe — dizemos nós — a *primazia* da conformação do sistema jurídico-penal), o TC concluiu que o Poder Legislativo português havia regrado a matéria com *manifesto excesso*, pois a incriminação não era claramente necessária para assegurar a navegabilidade da embarcação, tendo em conta as próprias funções atribuídas ao réu (estranhas à manutenção, segurança ou equipagem naval). Noutras palavras, buscando assegurar o regular desenvolvimento da atividade econômica da pesca de longo curso, o legislador terminou valendo-se de

“recurso a meios desproporcionadamente gravosos para a prossecução desse objectivo, só compreensível por se tratar de uma disposição obsoleta, constante de um diploma pré-constitucional, elaborado à luz de valores evidentemente contraditórios com os consignados na Constituição vigente [...] Assim, tal norma, ao não respeitar a subsidiariedade do direito penal, viola os princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, decorrentes da ideia de Estado de direito democrático”.

Observa-se que o voto condutor confunde-se a certa altura, trasladando uma discussão que inicialmente propusera apenas no campo dos princípios e valores (i.e., no imo da *proporcionalidade em sentido estrito*) para a arena dos fatos e presunções (sobre ser ou não a incriminação “necessária” para garantir navegabilidade e normalidade às atividades navais e mercantes, o que diz com o elemento da *exigibilidade*). Por outro lado, a linha de argumentação desenvolvida em muito se assemelha ao “*strict scrutiny*” da *U.S. Supreme Court*, declarando írrita intervenção legal manifestamente excessiva em um setor que traduz aguda interferência em direito fundamental de primeira grandeza (a liberdade de ir e vir); em tais casos — e poderia ser diferente se a conduta não houvesse sido descrita como crime, mas como contraordenação administrativa —, a gravidade da intervenção recomenda que as restrições legais sejam reputadas legítimas na *estrita medida* em que atendam ao interesse público ou estatal a que se destinam. Medida que, afinal, não se respeitou. É o que víamos anteriormente, noutro contexto, em *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (514 U.S. 334); e é como também se decidiu neste caso.

V. Mas nem sempre os juízos de proporcionalidade do TC foram festejados por toda a comunidade forense. Em 1989, o TC foi chamado a arbitrar a constitucionalidade da remissão do artigo 1873º do CC ao artigo 1817º, 1, do mesmo diploma, fixando prazo de caducidade para as ações de reconhecimento de paternidade¹³⁰⁹. Valeu-se de um juízo superficial de proporcionalidade — isso após objetar o seu cabimento — para afinal concluir, no Ac. TC n. 413/89¹³¹⁰, pela legitimidade constitucional dos preceitos. De fato, reconheceu que havia um “direito fundamental ao conhecimento da paternidade”, derivado do direito constitucional à integridade pessoal e à integridade moral (logo, um direito fundamental de natureza *adscrita*); nada obstante, os prazos de caducidade opostos ao reconhecimento de paternidade seriam constitucionais, entre outras razões, porque tais normas sequer se sujeitariam aos rigores do artigo 18º, 2 e 3, da CRP (i.e., à

¹³⁰⁹ No Brasil, quanto aos efeitos declaratórios (não quanto aos patrimoniais), a ação de investigação de paternidade é considerada imprescritível e personalíssima (artigo 1606 do NCC; antes, Súmula n. 149 do STJ; STJ, REsp n. 158.086/MS, rel. Min. MENEZES DIREITO, in DJ 28.08.2000).

¹³¹⁰ TC, Proc. n. 142/88, rel. Cons. CARDOSO DA COSTA, j. 31.05.1989.

proporcionalidade e aos mandados de generalidade, abstração, irretroatividade e garantia de conteúdo essencial), já que não seriam normas *restritivas* de direitos fundamentais — sendo tais as que “encurtam” seu alcance e conteúdo —, mas apenas normas “condicionadoras” da fruição do direito (i.e., normas que “*se limitam a definir pressupostos ou condições do seu exercício*”), uma e outra inconfundíveis entre si.

Mas esse seria o ponto de vista “estrutural”. Porque, do ponto de vista “material” — e aqui o manejo do princípio —, registrou-se que “*tais condicionamentos respeitam um critério de **adequação e proporcionalidade**, atento [a]o necessário equilíbrio entre o direito do filho e um conjunto de interesses, quer do pretense progenitor, quer dos seus herdeiros, com ressonância constitucional*”. Em síntese, decidiu-se que, dada a diferença semântica entre “restrição” e “condicionamento” (melhor talvez fosse dizer *configuração* ou *conformação*, no sentido que empregamos *supra*, no tópico 12.2, n. II), não teriam aplicação ao caso nem o princípio da proporcionalidade (artigo 18º, 2, da CRP), nem tampouco o da garantia de conteúdo essencial (artigo 18º, 3, “*in fine*”, da CRP). Mas, nada obstante, logo em seguida **se aplicou o juízo de proporcionalidade**, concluindo pelo perfeito equilíbrio, no plano da proporcionalidade estrita, entre o direito fundamental adscrito dos filhos havidos fora do casamento (= direito ao conhecimento da paternidade) e os direitos e interesses do pretense progenitor e de seus herdeiros formais.

Ademais, assentou-se também que não haveria qualquer ofensa ao princípio da isonomia, porque, “*se os filhos nascidos do casamento e os nascidos fora dele se encontram em idêntica situação na perspectiva da ‘titularidade’ de um ‘direito a filiação paterna’*, já não o estão pelo que respeita aos pressupostos em que a respectiva filiação poderá ser estabelecida”. Condições diferentes — ainda que involuntárias —, tratamentos jurídicos diversos.

Não tencionamos nos estender neste debate, mas é importante ao menos ressaltar como o desconhecimento de uma *hierarquia mínima* entre os direitos humanos fundamentais — como sustentamos (*supra*, notas ns. 1267 e 1237) e se pode extrair do

próprio ALEXY ¹³¹¹ — compromete a justiça dos resultados de um juízo de proporcionalidade e, portanto, a própria função de garantia do princípio (ou, mais abrangentemente, do “*substantive due process*”), tangendo as razões da crítica de HABERMAS à teoria de ALEXY (a saber, a suprema “irracionalidade” dos juízos de ponderação ¹³¹²). Havia que pressupor, nesse caso, a *prelação axiológica* do direito ao conhecimento da paternidade, ainda que adscrito, porque relacionado à primeira geração de direitos humanos, à identidade biológica — ou à identidade *genética*, como diria a CRP após a sua quarta revisão constitucional em 1997 (artigo 26º, 3) ¹³¹³ — e à própria dignidade da pessoa humana, que está na base da República Portuguesa e do Estado de Direito democrático (artigos 1º e 2º da CRP). Os interesses do suposto pai e dos seus filhos “legítimos”, ao contrário, seriam meramente patrimoniais (inclusive quanto à herança). Sobre tais balizas, o (sub)juízo de proporcionalidade em sentido estrito indicaria, se muito, a possibilidade de uma interpretação conforme do artigo 1817º, 1, do CC, para limitar os seus efeitos às pretensões patrimoniais dedutíveis em juízo; jamais, porém, para aniquilar as próprias pretensões declaratórias em razão de interesses econômicos ou “morais” (como o de não abalar a família já constituída) de posição contraposta.

VI. Também em matéria trabalhista (sindical) o princípio da proporcionalidade já foi manejado, se bem que em aresto mais vetusto. No acórdão TC n. 455/87 ¹³¹⁴, perfilhando tese que provavelmente não teria a chancela da OIT (sobretudo à vista da Convenção n. 87, ratificada por Portugal desde 1977), o Tribunal Constitucional julgou constitucionais o artigo 46 do Decreto-Lei n. 215-B/75, que estendia às associações sindicais a aplicação do disposto no artigo 175, 1, do CC (quórum de deliberação em assembleia), e o seu artigo 17, 7, que fixava em três anos a duração máxima do mandato dos dirigentes sindicais.

¹³¹¹ Ao menos no campo da argumentação: cf. Robert Alexy, *Theorie...*, p.517: “Der berichtigte Kern der von Böckenförde vorgeschlagenen materialen Grundrechtstheorie ist, daß sich, wir oben ausgeführt, **ein prima facie-Vorrang der Prinzipien der rechtlichen Freiheit und der rechtlichen Gleichheit**, also eine Argumentationslast zugunsten dieser Prinzipien dartun läßt” (g.n.).

¹³¹² Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights...”, *passim*.

¹³¹³ E nem se tribute a ponderação insuficiente ao fato de que o direito à identidade genética não estava constitucionalmente positivado em 1989. Como é há muito cediço em doutrina, “na medida em que a pessoa é condicionada na formação de sua personalidade pelo factor genético, a **identidade genética própria** é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal” (Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.284); e o direito à identidade pessoal, como se sabe, estava consagrado na Constituição de 1976 desde a sua promulgação (então no artigo 33º).

¹³¹⁴ TC, Proc. n. 156/86, rel. Cons. CARDOSO DA COSTA, j. 10.12.1987.

Entendeu-se que o legislador somente não poderia estabelecer limites que desbordassem das regras da organização e de gestão democráticas então constantes do artigo 56º da CRP (atualmente, artigo 55º); e que, ao concretizar tais limites, a intervenção do legislador ordinário havia de pautar-se pelo *princípio da proporcionalidade*, em suas três dimensões conhecidas (dizemos cá *elementos*): adequação, necessidade e proporcionalidade “*stricto sensu*”. Esse balizamento teria sido atendido.

Quanto ao quórum mínimo para funcionamento das assembleias gerais, compreendeu-se que a transposição da regra imperativa do artigo 175, 1, do CC para o âmbito sindical fora medida com suficiente respaldo no princípio democrático a que se sujeitam constitucionalmente os sindicatos portugueses (atual artigo 55º, 3, da CRP). Fosse de outra forma, ficaria sempre ao critério subjetivo do julgador verificar a observância da exigência de mínima representatividade nas respectivas deliberações (por força do princípio democrático), o que geraria disparidades; logo, a transposição servira também à causa da segurança jurídica. Ademais, tratar-se-ia de intervenção que não tolhia em medida significativa a autonomia organizatória dos sindicatos. Ponderou-se, enfim, que “[a] existência de uma certa margem de indeterminação nesta exigência do princípio democrático implica apenas para o legislador que a preencha de maneira necessária, adequada e proporcionada”. Em suma, o TC sopesou princípios e interesses afetados (liberdade sindical, princípio democrático, autonomia organizatória, segurança jurídica, etc.) para, em (sub)juízo de proporcionalidade estrita, dar por válidas as normas impugnadas (revogadas anos depois, com o advento do Código do Trabalho de 2003).

VII. Em sede processual, além do que já referido (*supra*, nota n. 1299), acham-se na jurisprudência portuguesa inúmeras decisões moduladas com arrimo no princípio da proporcionalidade. Cite-se, por todos os demais, o Ac. TC n. 263/97 do TC¹³¹⁵. Tratava-se de ação de divórcio litigioso em que a autora denunciava a violação culposa dos deveres

¹³¹⁵ TC, Proc. 179/95, rel. Cons. TAVARES DA COSTA, j. 19.03.1997, in *Diário da República*, II Série, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 01.07.1997, n. 149, pp.7567-7570. Para cotejo, cf. Nicole Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Maison Larcier, 1991, p.35, nota n. 5. A autora examina caso semelhante, no qual o tribunal correicional de Blois (Bélgica) decidiu, em 19.02.1964, pela inadmissibilidade de fotografia obtida com violação do domicílio alheio, por constituir um atentado à vida privada da parte. Sem conhecer os detalhes do caso belga, julgamos “*a priori*” mais feliz, à luz dos princípios e interesses envolvidos, o equacionamento dado pelas cortes portuguesas (TC e STJ).

conjugais pelo marido infiel; e apresentava, como prova, fotografias sacadas de rolo de filmes subtraídos da câmera fotográfica do consorte, cuja revelação não fora solicitada nem autorizada. Nas fotos, o réu aparecia em situações íntimas com outra mulher (numa delas, a mulher aparecia nua sobre a cama do casal, usando os lençóis bordados pela mãe da autora...).

A ação de divórcio fora julgada procedente em primeira instância, resultado depois confirmado pela Relação de Lisboa e pelo Supremo Tribunal de Justiça. No recurso de constitucionalidade, o marido recorrente alegou que “*a revelação e utilização não autorizada de um rolo fotográfico pertencente a outra pessoa, nas condições descritas, compreende uma inegável violação do direito à reserva da intimidade da vida privada que o art. 26º/1 da C.R.P. consagra*”; e, corroborando a insurgência, pontuou que o direito à reserva da intimidade da vida privada¹³¹⁶ de cada um dos cônjuges subsiste mesmo perante o outro, não sendo aniquilado pelo matrimônio. Ademais, ainda que assim não fosse, “*quaisquer limitações eventualmente ditadas por essa circunstância deixam de existir perante uma situação de facto e de pendência de divórcio litigioso*”, como afinal era o caso. Divisou também lesão ao seu direito de imagem, uma vez que as provas fotográficas apresentavam pessoas nuas ou em outras situações íntimas. Entendia, dessarte, que, obtidas as provas com violação de direitos fundamentais (intromissão abusiva na intimidade da vida privada), seriam elas inadmissíveis no processo, “*como decorre da aplicação analógica à situação da regra do art.32º/6 [8] da C.R.P., que por maioria de razão não pode deixar de se estender à lide civil*”.

Já o Supremo Tribunal de Justiça havia afastado essa tese, pontuando, a uma, que as restrições do próprio CPC à consulta de um qualquer processo de divórcio, pendente ou arquivado, já garantiria em termos bastante razoáveis o direito à reserva da vida privada; a

¹³¹⁶ No Brasil, diferentemente de Portugal (artigo 26º, 1, da CRP), o texto constitucional distinguiu entre direito à *intimidade* e à *vida privada* (artigo 5º, X, da CRFB); por isso, tem-se compreendido que a *vida privada* (= *privacidade*) diz com a esfera das relações interindividuais que geralmente se quer manter ocultas do público em geral (*e.g.*, vida familiar e amorosa), enquanto a *intimidade* diz com uma esfera ainda mais pessoal, das individualidades que se quer subtrair do “outro” e manter indevassável até mesmo em relação às pessoas mais próximas. V., *e.g.*, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pp.189-191 (equiparando a *intimidade* ao que ADRIANO DE CUPIS chamou, no *Novissimo Digesto Italiano*, de “*riservatezza*”).

duas, que o vínculo matrimonial evidentemente arrefecia, na sociedade conjugal, a reserva da vida privada de um cônjuge em relação ao outro, ainda que não o eliminasse; a três, que o artigo 79º, 1, do CC, ao proibir exposição, reprodução ou comercialização não autorizada do retrato de outrem, não abrangia a sua apresentação em processo judicial, como meio de prova necessário à afirmação de certo direito; a quatro, que no caso “*sub iudice*” a apresentação das fotografias estava contestada pelas exigências de justiça e pela natureza do caso (= proporcionalidade); e, a cinco, que à reserva da vida privada do réu se contrapunha o direito à integridade moral da autora, com igual assento constitucional (artigo 25º, 1, da CRP), ao qual aquela reserva deveria ceder o passo (= ponderação concreta).

A decisão em testilha foi referendada pelo Tribunal Constitucional, com o argumento de que, na espécie, impunha-se

“uma apreciação ponderada dos interesses em causa no pressuposto de que a protecção concedida aos direitos em questão não pode limitar intoleravelmente outros direitos: a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos há de obedecer ao **princípio da proporcionalidade em sentido amplo**, proibindo o excesso, devendo, por isso, as restrições estabelecidas serem necessárias, adequadas e proporcionais (cfr. o artigo 18º da Constituição, 2ª parte do seu nº 2)” (*g.n.*).

Concluiu, pois, que,

“nesta óptica desencadeadora de uma apreciação ponderada dos interesses em causa, [...] a interpretação dada pelo Supremo às normas processuais controvertidas situa-se nos parâmetros da adequação constitucional, atenta a natureza da acção e a sua causa de pedir, o ónus de prova que sobre a autora impendia para fundamentar o pedido e as exigências de justiça daí decorrentes, sendo certo que, como foi salientado, existem normativos legais adequados que vedam a publicitação dos elementos de prova para além dos limites processuais (caso dos arts 168º e 174º do Código de Processo Civil)”.

Em outras palavras, a restrição à reserva da vida privada era adequada, necessária e proporcional ao objetivo maior da justiça do caso concreto (= justa composição do litígio) e à salvaguarda da integridade moral da autora, enquanto que, para além do processo, não

haveria qualquer lesão à intimidade, à vida privada ou à imagem do réu/reclamante, dadas as limitações legais à publicitação dos seus atos. Solução a um tempo justa, técnica e racional.

VIII. Bem mais recentemente (08.04.2010¹³¹⁷), por fim, o Tribunal Constitucional português teve ocasião de se manifestar, em controle prévio, sobre a constitucionalidade do polémico Decreto n.º 9/XI da Assembleia da República, que alterou o CC (artigos 1577º, 1591º e 1690º, 1) e autorizou casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Ainda aqui, elementos ligados à proteção constitucional contra a deprivação desproporcional ou insuportável de direitos humanos fundamentais (logo, ao “*substantive due process*”) estiveram em causa — e, em especial, a questão da garantia de conteúdo essencial (“*Wesensgehaltgarantie*”), porque se argumentava que a diversidade de sexos entre nubentes comporia o *núcleo essencial* da instituição do casamento e dos respetivos direitos constitucionais matrimoniais (*ex* artigo 18º, 3, “*in fine*”, da CRP) —, tudo para afinal se determinar e modular o “*decisum*” de oito de abril. Decidiu-se, em voto condutor da lavra do Cons. VÍTOR GOMES, pela *constitucionalidade* da referida legislação. Entre outras várias passagens relevantes, naquilo que de perto interessa para este tópico, pode-se ler:

“O casamento, sob pena de desfiguração do seu núcleo essencial e, portanto, do próprio âmbito de protecção como direito (subjectivo) fundamental, deverá contemplar o estabelecimento de uma relação de comunhão de vida entre duas pessoas, estabelecida mediante um acto como tal designado, com efeitos vinculativos legalmente fixados, livre, incondicional e inaprazável. Contrair casamento (casamento *in fieri*) é aceder ao estado de casado (casamento *in facto esse*) que se define em função dos efeitos jurídicos que o casamento opera. [...] Na sua regulação, o legislador ordinário está obrigado, não só a garantir o livre acesso a essa relação jurídica em condições de plena igualdade, mas também a observar outros parâmetros constitucionais, como o do respeito pelo étimo fundante da República e do sistema de direitos fundamentais que é a dignidade da pessoa humana. [...] Limite do núcleo essencial que não é franqueado pelo abandono da regra da diversidade de sexos entre os cônjuges. [...] Efectivamente, **se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento**

¹³¹⁷ TC, Proc. n. 192/2010, Ac. n. 121/2010, rel. Cons. VÍTOR GOMES, j. 09.04.2010.

estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento. Essa diversidade de sexos seria apenas imprescindível para que a comunhão no plano sexual pudesse levar à geração de filhos biologicamente comuns, finalidade a que o casamento não está constitucional nem legalmente adstrito.

“Na verdade, a comunhão de vida entre duas pessoas, caracterizada pela partilha e entreajuda, num percurso de vida comum juridicamente disciplinado, com carácter tendencialmente perpétuo, também está naturalmente ao alcance de duas pessoas do mesmo sexo que assim queiram vincular-se, uma para com a outra e perante o Estado, e serem como tal reconhecidas pela comunidade. Por isso **não está vedado ao legislador conferir a esse modo de livre desenvolvimento da personalidade a forma vigente para tutela das relações entre pessoas de sexo diferente, permitindo aos interessados acolher-se à figura do casamento, sem que o instituto se considere privado de elementos típicos essenciais à correspondente função garantística.**

“**23.** Por outro lado, a extensão do casamento a cônjuges do mesmo sexo não contende com o reconhecimento e protecção da família como “elemento fundamental da sociedade” (artigo 67.º da Constituição).

“Importa ter presente que a Constituição desvinculou a constituição da família do casamento. O conceito de família que a Constituição acolhe como “elemento fundamental da sociedade” é um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais. A Constituição não definiu o que é a família, dando protecção aos distintos modelos de família que existem na nossa realidade social. Como o Tribunal disse no acórdão n.º 651/09, embora tendo como pano de fundo as uniões de facto heterossexuais, a *família* que, nos termos do artigo 67.º da Constituição merece a protecção do Estado, “não é só aquela que se funda no matrimónio; é também aquela outra que pressupõe uma comunidade auto-regulada de afectos, vivida estável e duradouramente à margem da pluralidade de direitos e deveres que, nos termos da lei civil, unem os cônjuges por força da celebração do casamento. O direito a *escolher viver em tal comunidade de afectos, modelada por vontade própria à margem dos efeitos civis do casamento*, tem por certo assento constitucional – seja através da disjunção que o n.º 1 do artigo 36.º da CRP estabelece entre o “direito de constituir família” e o “direito de contrair casamento”, seja através da cláusula de liberdade geral de actuação que vai inscrita no direito ao desenvolvimento da personalidade, contido no n.º 1 do artigo 26.º.”

“O casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas vai conduzir a que o espaço de realização interpessoal, coabitação, mútua assistência e contribuição para as necessidades comuns com vista à plena realização pessoal, em que a família consiste, assuma, também para elas, a veste jurídica que resulta da sua recíproca vinculação. Não há fundamento para ver nesse alargamento sacrifício, nem sequer no plano de administração de recursos públicos escassos, para a realização das tarefas que nesse domínio incumbem ao Estado (n.º 2 do artigo 67.º da Constituição).

“Não se vê, pois, em que possa colidir o novo regime do casamento com os deveres de protecção “da sociedade e do Estado” em relação à família, entendida como categoria existencial ou fenómeno da vida, assumida pela Constituição como instituição jurídica necessária.

“24. Uma definição do casamento pela lei ordinária de modo a abranger o casamento entre pessoas do mesmo sexo poderia suscitar objecções se, por si e abstractamente, fosse susceptível de afectar outros direitos subjectivos fundamentais, designadamente os respeitantes ao mesmo direito por parte de pessoas de sexo diferente. Poder-se-ia, então sim, abrir campo para invocação do valor interpretativo da DUDH em defesa do âmbito do direito de contrair casamento, nos termos anteriormente referidos.

“Parece, porém, manifesto que a atribuição do direito ao casamento a pessoas do mesmo sexo não afecta a liberdade de contrair casamento por pessoas de sexo diferente, nem altera os deveres e direitos que para estas daí resultam e a representação ou imagem que elas ou a comunidade possam atribuir ao seu estado matrimonial. Salvo, obviamente, se a perda de valor simbólico do casamento em geral fosse atribuída à circunstância de esse estatuto passar a poder ser partilhado com casais de orientação homossexual. Concepção que se fundaria num motivo constitucionalmente ilegítimo (artigo 13.º, n.º 2, da CRP), sendo, por isso, insustentável.

“Em resumo: o casamento entre pessoas de sexo diferente mantém-se intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social” (g.n.).

Em voto vencido, porém, o Conselheiro JOSÉ BORGES SOEIRO insistia em demonstrar que, ao regular o casamento de pessoas do mesmo sexo, a lei malferia o

conteúdo essencial intangível dos preceitos vazados no artigo 36º da CRP, o que era impraticável. *In verbis*:

“A posição que fez vencimento reconhece e aceita que a liberdade de conformação do legislador ordinário em sede de regulação jurídica do casamento não é absoluta. **Não vejo no entanto como satisfatórios os argumentos que aduz no sentido de que a diversidade de sexo dos nubentes não se situa, ao contrário de outros aspectos, no âmbito do conteúdo essencial que, por esta via, escapa à disponibilidade do legislador ordinário.**

“Concluo, assim, que o legislador ordinário – consubstanciado em determinada maioria parlamentar ocasional – não pode afastar uma tal opção constitucional, impondo um conceito de casamento que viola o núcleo essencial da garantia plasmada na Lei Fundamental. Portanto, e porque a problemática do casamento entre pessoas do mesmo sexo não é assunto ignorado pelo legislador constituinte, em face do que vem sendo a matriz do paradigma constitucional nacional, entendo que a possibilidade de introdução, por via legal, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, carece de opção específica do legislador constituinte” (g.n.).

Diga-se, por oportuno, que essa mesma matéria deverá ser em breve examinada pela *U.S. Supreme Court*, em chegando àquela instância o rumoso caso *Perry v. Schwarzenegger*¹³¹⁸ (*United States District Court for the Northern District of California*, 04.08.2010). Há fortes expectativas de que, ao combinar as razões de julgamento de *Lawrence v. Texas* (sobre a inviolabilidade da intimidade nas condutas sexuais consensuais

¹³¹⁸ Alguns antecedentes históricos serão interessantes aqui. Em 1996, o Congresso norte-americano aprovou e o Presidente BILL CLINTON assinou o “*Defense of Marriage Act*” (*Public Law* 106-199, conhecida como *DOMA*), definindo como “*marriage*” apenas a união entre pessoas de sexos diferentes. Houve grande comoção, especialmente em razão da aparente quebra do princípio federalista. Atualmente, nos EUA, cinco dos cinquenta Estados admitem legalmente o “*same-sex marriage*” (Massachusetts, Iowa, New Hampshire, Vermont e Washington D.C., além da tribo indígena *Coquille* no Oregon, com poderes relativos de soberania sobre o seu território). Na Califórnia, os casamentos homossexuais foram realizados entre 16.06.2008 e 04.11.2008, após a Suprema Corte da Califórnia entender inconstitucionais (à mercê da constituição estadual) as leis que limitavam a instituição do casamento às uniões de pessoas de sexos opostos. Logo depois, porém, aprovou-se a “*Proposition 8*” por plebiscito, ainda sob o governo de ARNOLD SCHWARZENEGGER, alterando a constituição do Estado da Califórnia para expressamente limitar o casamento legalmente reconhecido às uniões de homens com mulheres. Acionada novamente, a Suprema Corte da Califórnia considerou legítima a limitação imposta pela “*Proposition 8*”, validou apenas os casamentos consumados entre junho e novembro de 2008 e dispôs que, desde então, a designação “casamento” (“*marriage*”) já não poderia ser dada a uniões homossexuais na Califórnia (v. *Strauss v. Horton*). Exaurida a jurisdição estadual, KRISTIN M. PERRY, sentindo-se prejudicada, levou a questão às cortes federais, originando *Perry v. Schwarzenegger*.

— *supra*, tópico 15.1, V) e de *Loving v. Virginia* (sobre a abolição das legislações antimiscigenação), a Suprema Corte venha a declarar a *inconstitucionalidade* da “*Proposition 8*”, aprovada em plebiscito de 2008 pelos californianos, com o fito de emendar a constituição estadual e dispor que “*only marriage between a man and a woman is valid or regonized in California*”¹³¹⁹. Diga-se, aliás, que essa inconstitucionalidade já foi declarada pelo juiz VAUGHN WALKER, no citado julgamento de 04.08.2010, precisamente com fundamento no “*substantive due process*” e na “*equal protection of the laws*” (ex Emenda n. XIV), após aplicar à espécie o “*rational basis review*”¹³²⁰ (para reconhecer, mesmo sob filtro mais suave, que não havia base racional de interesse público ou estatal para o ato de negar “*status*” ou efeito jurídico a uniões entre pessoas do mesmo sexo). Em fevereiro de 2011, o processo aguardava o julgamento de apelação recebida em 16.08.2010.

IX. Nada mais havendo, às conclusões. A análise de toda a casuística examinada — e em particular os casos de matiz processual — permite-nos avançar com duas inferências importantes para o decurso desta Tese. Uma relativa ao “conhecimento intuitivo” das garantias do devido processo legal substantivo pelas cortes portuguesas (nomeadamente pelo Tribunal Constitucional). Outra relativa às relações entre a dimensão substantiva e a dimensão procedimental do devido processo.

A primeira: a jurisprudência constitucional portuguesa tem manejado basicamente as mesmas ferramentas que o *BVerfG* utiliza para o equacionamento de colisões de direitos fundamentais e para a fiscalização de constitucionalidade de leis restritivas de direitos e liberdades constitucionais (proporcionalidade, conteúdo essencial); e, como dito acima (tópico 15.2), essas ferramentas correspondem, em larga medida, a consectários expressos ou implícitos do “*substantive due process*”, conforme jurisprudência consolidada da *U.S. Supreme Court* (tópico 15.1).

¹³¹⁹ Em contrapartida, os opositores da legitimação judicial dos “*same-sex marriages*” alimentam a expectativa contrária, agora com base em *Majority Opinion* outrora externada pelo Justice ANTHONY KENNEDY (“[i]t does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter”). V. *Baker v. Nelson* (409 U.S. 810, 1972).

¹³²⁰ Conquanto seja mais comum, ao menos na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*, que os “*hard cases*” relacionados a minorias (como se consideram as populações de *gays* e *lésbicas*) sejam submetidos ao “*strict scrutiny*”.

A segunda: o iterativo emprego do princípio da proporcionalidade para validar a produção de provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos revela como **as duas dimensões da “*due process clause*”** — a do “*substantive due process*” e a do “*procedural due process*” — **interagem dinamicamente no dia a dia forense**. É, ademais, como de fato *devem interagir*, concretizando no processo os ideais mais caros ao Estado Democrático de Direito (justiça distributiva, isonomia geométrica, plasticidade institucional e procedimental). Mas voltaremos a isso adiante (capítulo 4, *infra*).

15.4. “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” E PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)

I. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem o privilégio de tanto manejar o princípio da proporcionalidade como a própria cláusula do devido processo legal, aquele implícito e essa textual na Constituição Federal de 1988. E, como havia mesmo de ser, um e outro tem conduzido às mesmas veredas, potencializando a proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. Vejamos.

II. Não são poucos, deveras, os julgados referindo o “devido processo legal” em uma de suas dimensões (substancial ou procedimental), ou até mesmo em ambas. Assim, p.ex., no REEx n. 595.914-DF, ao registrar que “*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma manifestar-se violação direta do devido processo legal [artigo 5º, LIV, da CRFB] se não houver necessidade de verificação fático-probatória ou de análise de legislação infraconstitucional*”, a Corte utilizava o termo em sua acepção *procedimental*, como “*procedural due process*”¹³²¹. Por outro lado, na REEx n. 372.472-RN, o STF utilizava o termo também em sua acepção *material*, como “*substantive due process*”¹³²².

¹³²¹ STF, REEx n. 595.914-DF, 2ª T., rel. Min. EROS GRAU, j. 26.05.2009, in DJe 113, 18.06.2009.

¹³²² STF, REEx n. 372.472-RN, 2ª T., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 04.11.2003, in [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE\(372472%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE(372472%20.NUME.)&base=baseAcordaos) (acesso

Daquela primeira acepção cuidaremos adiante (tópico 20.4). Agora, toca examinar as referências textuais do Excelso Pretório ao *devido processo substantivo*.

Em 2008, na ADI n. 173/DF¹³²³, reconheceu-se, com eficácia “*erga omnes*”, a violação do devido processo legal substantivo — o que significava, no próprio teor da ementa, a “*falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários*” — e a consequente inconstitucionalidade parcial da Lei n. 7.711/88 (artigos 1º, I, III e IV, e §§ 1º a 3º), no ponto em que condicionava à quitação dos créditos tributários exigíveis (inclusos os tributos e todas as penalidades fiscais pecuniárias) a transferência de domicílio para o exterior, o registro ou arquivamento de contrato social, a alteração contratual, o distrato social e uma série de outros atos da vida civil que afetavam sobretudo as pessoas jurídicas em atividade empresária no Brasil. Observou-se então, com base nos precedentes da Corte, que há malferimento à proibição de excesso sempre que o Poder Executivo ou Legislativo edita normas “enviesadas” para constranger o contribuinte, por vias oblíquas (que não a própria execução fiscal em juízo), a recolher o crédito tributário; afinal, conquanto se faculte ao poder público implementar políticas públicas para aumentar a arrecadação fiscal, não pode fazê-lo de modo desproporcional, instituindo “sanções políticas” ao arrepio de outros direitos e interesses igualmente valiosos no Estado Democrático de Direito¹³²⁴. Entre esses, atinou-se especialmente para o direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da CRFB) — que integra o rol de consectários do “*procedural due process*” (*infra*, tópico 26.1) —, uma vez que, no caso concreto, os condicionamentos legais à regularização da situação oficial da empresa e à própria continuação da atividade econômica “*impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a*

em 08.02.2011). No seu voto, aliás, o relator evocou a “*due process clause*” nas suas duas acepções. Tal como nesse aresto (em que a referência foi feita apenas “*a vol d’oiseau*”), em vários outros a dicotomia foi trabalhada (e com especial esmero, p.ex., na ADI n. 173/DF), em uma clara demonstração de que a Corte tem afinado tirocínio para o manejo da cláusula, na sua integralidade semântica e em consonância com as suas construções de origem (em especial pelos canais da *U.S. Supreme Court* e das respectivas doutrinas). Doravante, todas as consultas e transcrições de julgados do STF terão sido extraídas daquela mesma fonte (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>), se outras não estiverem expressamente indicadas.

¹³²³ STF, ADI n. 173/DF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 25.09.2008. V., *supra*, a nota n. 985.

¹³²⁴ Em contrapartida, porém, registrou-se que “*a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial*”.

validade do crédito tributário”. Adotou-se, pois, uma linha de argumentação que nitidamente pareava devido processo substantivo (na falta de proporcionalidade/razoabilidade) e devido processo procedimental (na insuficiência de acesso aos órgãos do Judiciário e do próprio Executivo para controle de validade dos créditos), revelando outra vez a inexorável interpenetração das dimensões formal e substancial do devido processo. De tudo, enfim, concluiu-se por aquela inconstitucionalidade palmar, ante a manifesta violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB, e também ao seu inciso LIV¹³²⁵.

Em ocasião anterior (REx n. 413.782/SC), frente a uma questão similar (e por isso o arrolamento como precedente na própria ADI n. 173/DF), assentou-se que

“a circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a

¹³²⁵ Uma vez reconhecido, no voto-condutor, que “as normas impugnadas operam, inequivocamente, como sanções políticas”; logo, houvera também violação ao “*substantive due process*”, que não tem assento no inciso XXXV, mas no inciso LIV do artigo 5º da CRFB (que todavia não foi expressamente mencionado). Isso foi, aliás, textualmente afirmado na ementa do AI n. 554.129-ED/SP, inclusive com exageros: “**CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ECONÔMICO. CADERNETA DE POUPANÇA: CORREÇÃO MONETÁRIA. Plano Collor. Cisão da caderneta de poupança. MP 168/90. [...] III. Alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais** Pelo exposto nas razões de recurso, querem os recorrentes referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. É dizer, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria, conforme foi dito, a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão de recurso extraordinário” (STF, AI n. 554.129-ED/SP, 2ª T., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 13.12.2005 — g.n.). No mesmo sentido, pelo mesmo relator, STF, AI n. 387.318-Agr/RS, 2ª T., j. 13.08.2002; STF, REx n. 282.258-Agr/SC, 2ª T., j. 09.03.2004; STF, AI n. 513.044-Agr/SP, 2ª T., j. 22.02.2005; e, ainda por ele, em vários casos símiles. Em todos esses julgados, temos que andou mal o ministro ao enunciar a sua tese restritiva, de que o *devido processo* do artigo 5º, LIV, da CRFB é “apenas” o substancial. Não é, consoante redundante doutrina nacional e internacional; e nem poderia ser, sob pena de criar desamparo no âmbito do “*procedural due process*”. Afinal, os direitos previstos no inciso LV — contraditório e ampla defesa — não esgotam as garantias do devido processo procedimental (que incluem o acesso à justiça, um juiz natural e independente, a efetividade da jurisdição, a duração razoável do processo, etc.), nem tampouco as esgotam os demais incisos do mesmo artigo 5º (uma vez que da dimensão formal da “*due process clause*” podem-se deduzir diversos direitos processuais constitucionalmente adscritos — *infra*, §33º — que restariam fulminados se tal dimensão fosse “reduzida” ao inciso LV).

satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam. [...] O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles — e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional — constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso”¹³²⁶.

Ainda mais explicitamente, no REx n. 374.981/RS, ementou-se:

“SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que **transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito**, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo Estado ao contribuinte em débito, sob pena de **ofensa ao ‘substantive due process of law’**. **Impossibilidade constitucional de o Estado legislador de modo abusivo ou imoderado**. [...] O poder de tributar — que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte — ‘não pode chegar à desmedida do poder de destruir’ [...]. A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. Doutrina. Precedentes. Recurso Extraordinário conhecido e provido”¹³²⁷.

E finalmente, na própria ADI n. 173/DF — já não mais em controle difuso, mas em controle concentrado de constitucionalidade —, o Min. JOAQUIM BARBOSA registrou que

“[a] **sanção política** [...] **viola o substantive due process** na medida em que implica o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança de créditos tributários (*e.g.*, ação de execução fiscal), em

¹³²⁶ STF, REx n. 413.782/SC, TP, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 17.03.2005 (o excerto é do voto-vogal do Min. CELSO DE MELLO).

¹³²⁷ STF, REx n. 374.981/RS, 1ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 28.03.2005, in *Informativo STJ* n. 381/2005 (*g.n.*).

favor de instrumentos oblíquos de coação e indução” (g.n.).

Nestes julgados, como em poucos outros¹³²⁸, restou pontificada a percepção do STF — em composições plenárias e por unanimidade — de que *os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, se não exaurem o objeto do chamado “substantive due process”, ao menos guardam com ele relação de íntima pertinência*. Corroborou-se pela jurisprudência do STF, ao menos em parte, o quanto vínhamos de sustentar (tópico 12.2, n. IV), sobre os predicamentos naturais do devido processo substantivo pela ótica do constitucionalismo de raiz germânica: a proporcionalidade (o “*Verhältnismässigkeitsprinzip*”— e, como um seu elemento, a razoabilidade), a garantia de conteúdo essencial (a “*Wesensgehaltgarantie*”, que com a proporcionalidade não se confunde) e a capacidade de aprendizagem (“*Lehre-Fähigkeit*”) das normas de direitos fundamentais.

III. Mas não houve aí qualquer pioneirismo. O STF manejava o princípio da proporcionalidade (logo, o “*substantive due process*”) desde pelo menos a década de cinquenta do século passado¹³²⁹. A sua expressa vinculação à cláusula do devido processo é

¹³²⁸ Mas em inúmeros outros a relação é estabelecida, inclusive lateralmente. No HC n. 91.449-7, p.ex., em seu voto, o Min. GILMAR MENDES pontuou — em *habeas corpus* impetrado a favor de deputado federal que vinha sendo processado criminalmente em primeira instância (e no qual se discutia, entre outras coisas, a higidez jurídica de uma denúncia com divergência entre as datas de distribuição e de protocolo) — que, “[d]iante dos dados fáticos existentes, parece-nos que nós também estamos submetidos ao **princípio do devido processo legal substancial ou da proporcionalidade**, o duplo juízo de proporcionalidade, a proporcionalidade em concreto” (STF, HC n. 91.449-7/MG, TP, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 07.11.2007).

¹³²⁹ GILMAR MENDES (“O princípio...”, *Diálogo Jurídico*, pp.04-06) registra, como primeira alusão relevante ao princípio da proporcionalidade na história do Supremo Tribunal Federal, o REEx n. 18.331 (1953), da relatoria do Min. OROZIMBO NONATO; e, anos depois, o HC n. 45.232 (1968), da relatoria do Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. No primeiro julgado, ainda sem a clara formulação do princípio, julgou-se questão atinente ao poder de tributar e ao direito fundamental à propriedade, consignando-se que “[o] poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. **É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio**, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*détournement de pouvoir*’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que **o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado**” (g.n.). No segundo julgado, em plenos “anos de chumbo”, declarou-se a inconstitucionalidade do artigo 48 do DL n. 314/67, que obstava ao acusado de crime contra a segurança nacional a prática de qualquer atividade profissional ou privada; com base na “exorbitância dos efeitos da condenação”, decidiu-se então que “[o] *objetivo da lei [...] procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua*

que veio mais recentemente — nos últimos dez anos do século XX —, mesmo porque a Constituição brasileira anterior, de 1967/1969 (EC n. 01), jamais positivara a “*due process clause*”. Em 2000, na ADI n. 2.290-3-MC/DF¹³³⁰, concedeu-se medida liminar cautelar monocrática para suspender os efeitos do artigo 6º e incisos da MP n. 2.045-4/2000, que por sua vez obstava o registro de armas de fogo até 31.12.2000 (exceto para as Forças Armadas, os órgãos de segurança pública e as empresas de segurança privada), com o declarado objetivo de interromper a escalada de violência no Brasil até que o Congresso Nacional concluísse as discussões em torno da proposta de proibição do comércio de armas de fogo em todo o território nacional¹³³¹. O próprio requerente (Partido Social Liberal) esgrimira, na petição inicial, com o artigo 5º, LIV, da CRFB; e, ao decidir, o Min. MOREIRA ALVES erigiu-o como seu principal argumento, nos seguintes termos:

“Ora, sem necessidade de entrar no exame de todos os diversos dispositivos tidos, pela inicial, como violados, um me basta para conferir plausibilidade jurídica suficiente à concessão da liminar requerida: a da **ofensa ao devido processo legal material (art. 5º, LIV, da Carta Magna)**. Com efeito, **afigura-se-me desarrazoada norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório, o que não é sequer adequado a produzir o resultado almejado** (as permanentes seguranças individual e coletiva e proteção do direito à vida), **nem atende à proporcionalidade em sentido estrito**” (g.n.).

própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo. [...] Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permita manter-se e a sua família. [...] Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida. [...] Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o caput do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade. [...] Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção” (g.n.). Como se vê, está no HC n. 45.232 a provável origem jurisprudencial daquela tese, reportada *supra* (nota n. 1243), que deduz o princípio da proporcionalidade da atual norma do artigo 5º, §2º, da CRFB (outrora a norma do artigo 150, §35, da Constituição de 1967, evocada em 1968 pelo Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI).

¹³³⁰ STF, ADI n. 2.290-3-MC/DF, TP, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 18.10.2000.

¹³³¹ A questão terminou decidida por referendo, conforme Decreto Legislativo n. 780/2005 (Senado Federal), que se realizou em 23.10.2005 e derrubou a proposta de proibição da comercialização de armas de fogo no território nacional (63,60% dos eleitores votantes).

Interessante pontuar que, ao fazer o (sub)juízo de adequação, o Min. MOREIRA ALVES partiu de seus próprios pontos de vista (i.e., de seus *pré-entendimentos* quanto às devidas finalidades da lei), não do ponto de vista do próprio “legislador” (no caso, o Presidente da República), que houvera externado, na “*Exposição de Motivos*” da MP, exatamente aquele objetivo agora repudiado em juízo: o de *obter, por via oblíqua, o desarmamento da população brasileira*, até que o Congresso Nacional resolvesse a matéria (portanto, apenas *mediatamente* se miravam as seguranças individual e coletiva e a proteção da vida; e sequer permanentemente)¹³³². Andou bem: a lei — e, logo, também a medida provisória, que tem força de lei (artigo 62 da CRFB) — deve ser interpretada não segundo a “*mens legislatoris*” (que servirá, se muito, como elemento para a interpretação histórica), mas sim de acordo com a sua “*mens legis*”, que se constrói sistematicamente no próprio agir comunicativo institucionalizado.

No plano da proporcionalidade em sentido estrito, ademais, deduz-se — porque não está dito — que o relator jogou com a presunção de constitucionalidade das leis (nesse caso, das medidas provisórias) e a segurança pública, de um lado, e com a livre iniciativa e a boa-fé público-objetiva, de outro¹³³³; e, na balança, considerando-se os restritos efeitos que se obteriam na direção dos objetivos atribuídos à medida (incremento das seguranças individual e coletiva e da proteção à vida) e os portentosos efeitos nos interesses contrapostos (sobretudo a livre iniciativa no segmento de armas para defesa pessoal),

¹³³² Cf., em sentido semelhante, Manuela Oliveira Camargo, “*Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do STF: Os casos de conflitos entre princípios de ordem econômica*”, in *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*, Diogo Rosenthal Coutinho (org.), São Paulo, Malheiros, 2009, pp.37-52.

¹³³³ *Idem, ibidem* (mas referindo apenas a livre iniciativa). A autora põe em xeque o (sub)juízo de adequação então realizado, asserindo que “[p]odem ser identificados [...] problemas em sua análise criados a partir da consideração da necessidade de alcance, e não apenas fomento, da finalidade; e também, porque esta foi utilizada de forma diversa da estipulada pelo Presidente. É difícil imaginar uma medida que atinja, e não apenas fomenta, as permanentes seguranças individual e coletiva, ao invés apenas de uma redução da violência. Por isso, pode-se questionar se esse exame já não teria começado viciado, pela impossibilidade de uma resposta afirmativa”. Por outro lado — e aduzindo à crítica —, as razões do requerente e até mesmo o lacônico voto parecem sugerir que o relator manejou “razoabilidade” como “racionalidade”: tomou por suspeita a norma da MP n. 2045-2/2000 mais pela sua aparente *contradição lógico-interna* (em não vedar o comércio de armas mas proibir temporariamente os respectivos registros, tornando inócuas quaisquer vendas) do que pela sua inadequação do ponto de vista das condições histórico-sociais concretas (a sempre supor, segundo MENDES, a “*revisão dos dados empíricos e dos prognósticos*”) ou mesmo pela sua desproporção no contexto da ponderação de valores e princípios (= proporcionalidade em sentido estrito).

pesaram sobretudo esses últimos; daí, a inconstitucionalidade apreendida em sede cautelar¹³³⁴.

IV. Nem sempre os arestos relacionam o princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB); mas, como visto acima, esse é um entendimento difundido e recorrente entre os ministros daquele sodalício, inclusive com pretensões de exaurimento (ou seja, o princípio da proporcionalidade seria *todo* o devido processo substantivo¹³³⁵ — com o que insistimos em não concordar¹³³⁶). Na ADC-MC n. 9/DF¹³³⁷, por exemplo, nada se falou sobre devido processo substantivo; era disso, porém, que se tratava. Em tal precedente, provocado pelo então Presidente da República, declarou-se a constitucionalidade dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da MP n. 2.152-2/2001, que veiculava medidas de racionamento do consumo de energia elétrica no país (por meio de “metas de consumo de energia”) e cominava pesadas sanções para quem exorbitasse.

A medida liminar, deferida em junho de 2001 (pouco antes do julgamento da ADC, em 26.08.2001), sustou a prolação de qualquer decisão que impedisse ou afastasse a eficácia dos referidos preceitos legais, fosse em sede cautelar, antecipatória ou definitiva, garantindo condições de êxito ao plano de contingenciamento federal. Em seu voto, o Min. NÉRI DA SILVEIRA, relator original, havia se pronunciado contra o deferimento da medida cautelar. Ao final da peça, trouxe à baila os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tecendo considerações sobre cada um dos elementos do juízo de proporcionalidade (a partir de lições doutriniais do próprio GILMAR MENDES) e por fim concluindo que,

“na hipótese, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite do consumo de energia elétrica estabelecido. A

¹³³⁴ Nos precisos termos da *lei de ponderação* de ALEXY (*Epílogo...*, p.48). A afetação da livre iniciativa, de elevado grau, não se equilibrara com uma consequente e proporcional realização do interesse rivalizado (a segurança pública e a “proteção do direito à vida”).

¹³³⁵ STF, HC n. 91.449-7/MG, *cit.* (voto do Min. GILMAR MENDES, roborado no particular pelo Min. EROS GRAU).

¹³³⁶ Cf. tópico 12.2, n. IV (*supra*).

¹³³⁷ STF, ADC-MC n. 9/DF, TP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA (rel. p/ ac. Min. ELLEN GRACIE), j. 26.08.2001.

ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular”¹³³⁸.

A rigor, o voto mais enunciou a estrutura do princípio do que propriamente o manejou¹³³⁹; mas, de todo modo, andava bem ao reconhecer uma hipótese clássica de ponderação constitucional, por se tratar de ato normativo com força de lei que restringia direitos subjetivos e por isso se sujeitava indubitavelmente à proibição constitucional de excesso.

Mais curioso, porém, foi o voto do então Min. MAURÍCIO CORRÊA. Alinhando-se com a divergência (Min. ELLEN GRACIE), que terminaria vencedora, o ministro consignou:

“Como acima dito, não vislumbro nenhuma aparente inconstitucionalidade nas metas propostas. Elas se explicam, não só pela atitude antes administrativamente tomada por este Tribunal, mas agora virtualmente na deste contencioso, ambas, entretanto, segundo meu entendimento, se ajustando na perspectiva da correta aplicação da proporcionalidade, que na hipótese está em consonância com os fins a que estas medidas se destinam. [...]. Agora pergunto: essa resposta dos consumidores brasileiros não é uma demonstração do cumprimento do princípio da proporcionalidade? Parece-me que sim. Por isso, abstraindo-me de qualquer exame no que diz respeito às demais questões relativas à constitucionalidade ou não do diploma, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar a divergência já manifestada pela eminente ministra Ellen Gracie”.

Constata-se, pelo excerto, como de fato o princípio da proporcionalidade foi invocado de modo meramente retórico em alguns julgamentos do STF. Ao que se viu até aqui — e particularmente nos tópicos 14.1 e 14.2 —, seria de perguntar: no que interfere a menor ou maior aceitação popular da medida com a proporcionalidade ou desproporcionalidade da restrição? O princípio da proporcionalidade pretende carrear

¹³³⁸ Dir-se-ia mais: a rigor, a medida foi desproporcional sobretudo com quem *já poupava* energia elétrica antes de 2001 (logo, com quem deveria ser menos penalizado). É que as metas de consumo fixavam-se a partir de médias trimestrais tomadas em um dado interregno fixo para todos (maio, junho e julho de 2000); logo, os maiores consumidores, tanto no âmbito domiciliar quanto no âmbito empresarial, eram justamente os favorecidos com as maiores médias “normais” de consumo. Medida *inadequada*, portanto, porque criava maiores restrições exatamente para quem menos consumira no período-base de apuração das metas.

¹³³⁹ Oliveira Camargo, “*Proporcionalidade...*”, p.34.

racionalidade às decisões tomadas sobre bases axiológico-deontológicas complexas de “*hard cases*”; se não puder cumprir essa função, terá pouca valia para a Ciência do Direito. Não é, absolutamente, um princípio de apelo popular (como poderia ser, p.ex., o princípio democrático), nem tampouco um princípio de corte plebiscitário. O que significa, em poucas palavras, que a “resposta dos consumidores” era irrelevante para o debate, ao menos no marco da tríade¹³⁴⁰ adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito. Mesmo que se trabalhasse com as “margens de ação epistêmica” de ALEXY¹³⁴¹, a incerteza estaria na compreensão dos tribunais, não no sentimento popular¹³⁴²; logo, tampouco nesse caso adiantaria saber de antemão qual fora a “escolha” dos cidadãos.

Mais incomum tem sido o fundamento da garantia de conteúdo essencial, quase que ausente do repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Isso em parte se explica pelo fato de que a atual Constituição brasileira (e também as anteriores), ao contrário da CRP (artigo 18º, 3) e da GG (artigo 19, 2), não consagrou textualmente a referida garantia. Nada obstante, entendemo-la como *parte* da garantia do devido processo legal substantivo (*supra*, tópico 12.2, n. IV). E, de fato, há quem a reconheça nas entrelinhas de vários arestos do STF. Assim, por exemplo, GILMAR MENDES assevera que, “*embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte*”; e, descendo à casuística jurisprudencial, divisa-a — a ideia de “*Wesenskern*” — imanente ao voto do Min. RODRIGUES

¹³⁴⁰ Robert Alexy, *Theorie...*, pp. 143 e ss.

¹³⁴¹ Robert Alexy, *Epílogo...*, pp. 82 e ss. Tais margens se apresentam, com efeito, quando o *tribunal* — e não o povo — tem dificuldades em aferir a veracidade das premissas empíricas do legislador para a edição de uma lei restritiva; é dizer, “[n]o se dispone de conocimientos científicamente fundados que hablen necesariamente a favor de la corrección de una o de otra alternativa”. E, nesse caso, a dúvida não se resolve de modo plebiscitário, mas com a internalização das margens de ação cognitivas no próprio direito fundamental, que passa a albergá-las (*op.cit.*, pp.110-111; v., *supra*, tópico 13.3, n. VI).

¹³⁴² Nas palavras de OLIVEIRA CAMARGO, “[a] constatação de que a sociedade está cumprindo as metas não significa, por exemplo, que não existam outras medidas tão eficazes quanto e menos restritivas. Além disso, podem estar sendo gravemente feridos direitos fundamentais dos cidadãos, que por causa do caráter impositivo e da força das sanções estão cumprindo a política de racionamento” (“*Proporcionalidade...*”, p.35). De fato, a efetiva adesão da população deveu-se provavelmente à conscientização pública em torno do problema (o Brasil havia vivido o seu primeiro grande “apagão elétrico” em 11.03.1999), ou mesmo à capacidade de coerção psicológica das sanções cominadas na lei restritiva (e então a adesão não teria sido parte da solução, como sugerira o Min. MAURÍCIO CORRÊA, mas parte do problema...).

ALCKMIN na Representação n. 930¹³⁴³ e, mais recentemente, na célebre decisão do HC n. 82.959-7/SP¹³⁴⁴, relativa à inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime no cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos e equiparados (artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90). Os crimes hediondos são, na legislação penal brasileira, os de mais odiosa classe, a provocar objetivamente a maior repulsa social. Mas, previstos pelo texto constitucional de 1988 (artigo 5º, XLIII, da CRFB), as restrições a eles associadas cingiam-se à inafiançabilidade e à insuscetibilidade de graça e anistia; nada se dizia sobre progressão de regime. A vedação, portanto, era uma novidade da lei (Lei n. 8.072/90). Após alguma hesitação, o STF terminou decidindo pela *inconstitucionalidade* do artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, ante a violação do princípio humanitário (i.e., a dignidade da pessoa humana) e também do princípio da individualização da pena. E, para tanto, não houve ponderações (= juízo de proporcionalidade); bastou constatar que

“[a] condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. [...] **O núcleo essencial desse direito** [à individualização da pena¹³⁴⁵], **em relação aos crimes hediondos resta completamente afetado.** [...] Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, **transforma a idéia de individualização da pena, enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas, em maculatura.** [...] **O regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a idéia de individualização.** [...] Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial — relativa ou absoluta —, **afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental**”¹³⁴⁶.

¹³⁴³ STF, Rep. n. 930, rel. p/ ac. Min. RODRIGUES ALCKMIN, in DJ 02.09.1977. O voto vencedor discorrera sobre a liberdade de conformação do legislador (no marco da liberdade de profissão), pontificando que “*não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido*”. Ou seja: dada uma certa liberdade, direito ou garantia, mesmo quando o legislador esteja constitucionalmente autorizado a conformá-los, não poderá fazê-lo de modo a aniquilá-los.

¹³⁴⁴ STF, HC n. 82.959-7/SP, TP, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 23.02.2006.

¹³⁴⁵ Ex artigo 5º, XLVI, da CRFB.

¹³⁴⁶ Gomes, Coelho, Branco, *Curso...*, pp.319-321.

Por fim, à guisa de arremate e diante da casuística analisada, pode-se bem afirmar, ainda com GILMAR MENDES (mas agora a partir do quanto decidido na SS n. 1320¹³⁴⁷), que

“o princípio da proporcionalidade como dimensão específica do princípio do devido processo legal ganhou autonomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como se pode depreender das várias passagens da decisão, faz-se uma interessante associação entre a idéia de irrazoabilidade da decisão e o princípio da proporcionalidade. No despacho, analisa-se detidamente a adequação da medida aos fins propostos, acentuando que, ao contrário do afirmado, poderá haver incremento da arrecadação, inexistindo risco de grave lesão à economia. Nesse passo, a medida seria notoriamente *inadequada*. Da mesma forma, refuta-se a possibilidade de que a medida adotada pudesse proteger adequadamente a saúde pública. [...] A decisão demonstra também **a necessidade de um exame cuidadoso dos chamados ‘fatos e prognoses legislativos’ em sede judicial.** A análise que se faz sobre a adequação da medida com objetivo de proteger a economia e a saúde pública demonstra a **indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos** adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pela edição do ato¹³⁴⁸.

Tal seria, nos dias de hoje, uma competente síntese das direções tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à proporcionalidade e ao devido processo substantivo.

V. Na órbita processual, tanto o Supremo Tribunal Federal, que faz as vezes de corte constitucional brasileira, como também o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a palavra final sobre a interpretação das leis federais (artigo 105, III, “a” a “c”, da CRFB), têm examinado episodicamente a questão da inflexão de normas de processo e de procedimento em função das necessidades do caso concreto.

¹³⁴⁷ STF, SS n. 1320/DF, TP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j 06.04.1999, in DJ 14.4.1999. Discutia-se a legitimidade constitucional de norma regulamentar federal que limitava o número de unidades por maço ou pacote de cigarros, então já derrubada em sede de segurança por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região; nada obstante, a norma foi ao final declarada hígida pelo STF. No corpo do aresto, outra vez esgrimiui-se textualmente com o “*substantive due process*” como sinônimo de proporcionalidade.

¹³⁴⁸ Gilmar Mendes, “*O princípio...*”, *Diálogo Jurídico*, p.18 (g.n.).

No Supremo Tribunal Federal, como não poderia deixar de ser, “*o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado [...] como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais*”¹³⁴⁹, também na arena do processo/procedimento e das respectivas posições (direitos/deveres, poderes/sujeições, ônus/faculdades). Merece referência, nessa linha, acórdão da lavra de SEPÚLVEDA PERTENCE que, em curioso caso sobre o direito ao conhecimento da própria paternidade (e outra vez vale o cotejo com o Ac. TC n. 413/89, *supra*), assim sopesou:

“Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a **pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente**, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. [...] O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da **proporcionalidade** — de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais — é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. É de se sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar. [...] Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, da ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca da exclusão de sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe)”¹³⁵⁰.

Anote-se que, nessa situação, embora o STF tenha recusado legitimidade a um ato judicial de constrangimento físico de terceiro para fins de produção de “prova de reforço” (a se obter, “*in casu*”, mediante colheita coerciva de amostras biológicas), *admitiu* que a questão desafiava um juízo concreto de ponderação, pela via do *princípio da proporcionalidade*, e apenas não validou o constrangimento porque reconheceu existirem meios menos invasivos para o mesmo resultado, como os testes genéticos então já realizados com material biológico do menor e da mãe (= (sub)juízo de necessidade ou exigibilidade). A inadmissibilidade, portanto, não se expressou como regra, mas como

¹³⁴⁹ Gilmar Mendes, “*O princípio...*”, *Diálogo Jurídico*, p.18.

¹³⁵⁰ HC n. 76.060-4, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *cit. (g.n.)*.

circunstância. Tanto que, noutro julgado (HC n. 71.373), o mesmo SEPÚLVEDA PERTENCE exarou voto vencido a favor da *obrigatoriedade do exame*, porque já não havia alternativas, em uma eloquente demonstração de que a conformação do caso concreto é a “pedra de toque” para o desfecho dos juízos concretos de ponderação¹³⁵¹.

Em tema mais prosaico, sobre a legitimidade constitucional de norma que condicionava o conhecimento do recurso extraordinário à apresentação de certos documentos (o artigo 544, §1º, do CPC, na redação da época), o Min. CARLOS VELLOSO esgrimiou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade — radicados por ele no artigo 5º, LIV, da CRFB, que trata do devido processo — para afastar a suspeita de inconstitucionalidade (quicá com escopos mais retóricos que científicos, é verdade¹³⁵²):

“[n]ão há invocar, nessa hipótese, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade — CF, art. 5º, LIV — mesmo porque a conduta exigida da parte — no caso, pelo art. 544, §1º, do CPC — é razoabilíssima: a instrução do recurso com documentos que estão à mão da parte, não se tratando de exigência difícil de ser atendida, que não guarda, de outro lado, relação de desproporcionalidade com a finalidade que se deseja alcançar”¹³⁵³.

¹³⁵¹ Sobre o tema, em Portugal, cf., por todos (e por excelência), Paula Costa e Silva, “A realização coerciva...”, pp.596-597. *In verbis*: “Se temos de afastar qualquer solução que simultaneamente impeça o recurso a meios coercitivos por haver violação de direitos fundamentais e que trate a omissão de colaboração como juridicamente reprovável, temos que, de duas, uma. Ou se considera que a realização de exames não atinge direitos fundamentais e que, como tal, é possível o recurso a meios coercitivos, ou se conclui pela existência de uma violação de direitos fundamentais na realização de testes de ADN e, como tal, se impede, quer a aplicação de meios coercitivos, quer a valoração negativa da conduta do recusante. [...] A segunda solução, apesar de nos parecer coerente, é perigosa. [...] O recusante não estaria sujeito sequer a um ônus de colaborar pois da não realização do teste nenhuma desvantagem decorreria”. Divergimos, porém, quanto às opções: à mercê do princípio da proporcionalidade, entrevemos justamente uma *terceira hipótese*, a saber, a de que efetivamente haja violação não essencial de direitos fundamentais (i.e., afetação que não viole o seu conteúdo essencial, *ex* artigo 5º, LIV, da CRFB — “*due process clause*” —, artigo 18º, 3, da CRP ou artigo 19, 2, da GG), mas a ordem jurídica a tolere em vista dos princípios e interesses contrapostos, em juízo de geral e estrita proporcionalidade. Daí porque, nessa matéria, tomamos posição pela prevalência “*prima facie*” do direito à identidade biológica (G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, Capítulo III, tópico 3.2).

¹³⁵² Roborando a crítica de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (“*O proporcional...*”, p.31; *supra*, nota n. 1304).

¹³⁵³ STF, AI n. 265.064-Agr-ED-ED/MT, 2ª T., rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 11.06.2002.

Mas, ao menos em sede probatória, é mesmo o STJ quem de fato tem assumido o protagonismo jurisprudencial na efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade para flexibilizar regras formais de produção de prova, permitindo, no caso concreto, que uma prova obtida com violação a determinados direitos fundamentais *prevaleça* como tal, por conta da salvaguarda de interesses jurídicos abstrata ou circunstancialmente mais valiosos. Assim, por exemplo:

“PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. *HABEAS CORPUS*. RECURSO. **1.** A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. **2.** Pelo **Princípio da Proporcionalidade**, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. **3.** Precedentes do STF. **4.** Recurso conhecido mas não provido”¹³⁵⁴.

Na mesma senda, se bem que não tão explicitamente, o mesmo princípio pareceu sufragar, no próprio STJ, decisão de matéria cível, também em sede de produção de prova, na qual se admitiu prova obtida em detrimento da reserva da vida privada, por conta do interesse superior vazado no direito à identidade biológica (embora com divergência do relator originário e do Min. WALDEMAR ZVEITER). *In verbis*:

“PROCESSO CIVIL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA PELA AUTORA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM TESTEMUNHA DO PROCESSO. REQUERIMENTO DE JUNTADA DA FITA, APÓS A AUDIÊNCIA DA TESTEMUNHA, QUE FOI

¹³⁵⁴ STJ, ROHC n. 7216-SP, Proc. n. 1998/00004035-8, 5ª T., rel. Min. EDSON VIDIGAL, 28.04.1998, in DJ 25.05.1998, p. 125, e RT 755/580 (g.n.). Entre os precedentes, citou-se o REsp n. 9012/RJ, Proc. n. 1991/0004503-9, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, em sentido semelhante (vide nota seguinte). Noutro estudo, tivemos ocasião de consignar, a propósito do ROHC n. 7216-SP, que, “*ante a insensibilidade faseológica que impera nesse assunto [...], o relator acabou por entender que, sendo admissível no processo, a prova haveria de ser necessariamente lícita, apesar da violação, ‘in tese’, da intimidade de outrem. Na realidade, pode ocorrer de a prova ser ilícita no modo de obtenção e, nada obstante, a sua produção processual ser lícita, em função do princípio da proporcionalidade. Isso revela, mais uma vez, as dificuldades que o maniqueísmo do artigo 5º, LVI, da CRFB pode criar, notadamente em contextos de ‘servilismo nomológico’*” (G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, nota n. 139); a expressão “servilismo nomológico”, a propósito, é de LUIS MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, 3ª ed., Barcelona, Praxis, 1993, pp.79-81).

DEFERIDO PELO JUIZ. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do CPC, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material (‘a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa’). Recurso especial não conhecido. Votos vencidos¹³⁵⁵.

Decisões como essa estão imbuídas de juízos de ponderação concreta, ainda que — como é o caso — busquem justificação numa máxima abstrata de decisão (legitimidade da captação furtiva de diálogos próprios, busca da verdade real, etc.), aparentemente extensível a outros casos. Na verdade, admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal (como é mais comum — v., *supra*, nota n. 1248) e negá-la no processo civil corresponderia à negação da própria *teoria geral do processo*, o que, malgrado não unânime, está entre os postulados mais caros à processualística brasileira contemporânea¹³⁵⁶.

Tudo a revelar, ademais, aquilo que já havíamos registrado no tópico anterior: a jurisprudência mais recente e vanguardista tem demonstrado que as dimensões substancial e procedimental da “*due process clause*” efetivamente *interagem* (e *devem mesmo*

¹³⁵⁵ REsp n. 9012/RJ, Proc. n. 1991/0004503-9, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, 24.02.1997, in DJ 14.04.1997, p. 12.735, e RT 743/208. Percebe-se, outra vez, o vazo da indistinção faseológica, levando a considerar “moralmente legítimo” o modo de obtenção da prova (a despeito do ardil). Releva cotejar, ademais, com o Ac. TC n. 413/89 (*supra*, tópico 15.3, n. V), em que o direito à identidade biológica da pessoa foi ponderado com peso inferior aos interesses econômicos das contrapartes.

¹³⁵⁶ Cf. Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, pp.42-43: “A história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais. [...] A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. [...] Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das grandes matizes constitucionais do sistema processual. O direito processual constitucional, como método *supra-legal* no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e **superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual**. Houve clima metodológico, então, para o **desenvolvimento de uma Teoria Geral do Processo**, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sócio-política do sistema” (g.n.). De nossa parte, comungamos com a ideia de uma teoria geral do processo enciclopedicamente disposta como disciplina científica unitária e *supra-legal*, sem perder de vista as idiosincrasias pontuais dos diversos regimes processuais (que, todavia, não desnaturam a unidade). E, outra vez, utilizar-se-ia com melhor técnica a expressão “*direito constitucional processual*”. V., *supra*, as notas ns. 260 e 265.

interagir), de forma dinâmica, no universo fenomenológico dos processos concretos (i.e., dos litígios formalizados judicialmente). Basta atentar para o dado topológico: todo este subtópico (n. V) debateu questões *processuais*, embora estejamos ainda no tópico 15.4 (dedicado ao “*substantive due process*”). O que mais a frente terá, para nós, importantes consequências teóricas.

Capítulo 3

“Procedural due process”

CAPÍTULO 3

“PROCEDURAL DUE PROCESS”

§ 16º. O DEVIDO PROCESSO FORMAL

16.1. CONCEITO

I. “Devido processo formal” ou “devido processo procedimental” são as traduções mais próximas para a língua portuguesa daquilo que a doutrina anglo-saxônica designa por “*procedural due process*”. Entendemos por **devido processo formal**, para os efeitos deste estudo, **a expressão integral e sistemática das garantias de natureza processual diretamente atribuídas pela ordem jurídico-constitucional, em texto** (= direitos constitucionais processuais positivos) **ou em “espírito”**¹³⁵⁷ (= direitos constitucionais processuais adscritos), **bem como todos os seus desdobramentos essenciais**¹³⁵⁸.

Nessa dimensão se compreendem, portanto, as várias concreções que adiante estudaremos com vagar no §26º: a inafastabilidade do Poder Judiciário e o pleno acesso à justiça, o direito ao juiz natural, independente e imparcial (o que — insista-se — não

¹³⁵⁷ “Espírito”, aqui, como razão conteudística plasmada pelo *regime* e pelos *princípios* adotados na ordem jurídico-constitucional; ou, na dicção do artigo 5º, §2º, da CRFB (que, vimos, é de onde vários autores brasileiros extraem o próprio princípio da proporcionalidade), “[o]s *direitos e garantias* [...] **decorrentes** do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (g.n.). A CRP, conquanto pouco explícita na consagração de seu “espírito” normativo (porque se restringiu às leis e aos tratados), diz em termos semelhantes: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (artigo 16º, 1). Aqui transitamos, de todo modo, naquele universo de sentido que EROS GRAU designou como “*direito pressuposto*” (*Direito posto...*, *passim*).

¹³⁵⁸ A Constituição brasileira não estatui, por exemplo, que todo réu seja citado precipuamente por notificação postal (artigo 221, I, c.c. artigo 224 do CPC); e, subsequentemente, por oficial de justiça ou por editais. No entanto, se um réu for precipuamente citado pelas rádios da cidade, durante os intervalos de programação das empresas locais de radiodifusão, e se, ignorante do processo, for pela ausência julgado à revelia, poderá em recurso queixar-se de violação ao devido processo formal (logo, às próprias garantias constitucionais do artigo 5º, LIV e LV), porque (a) tem o direito fundamental à legalidade processual, i.e., a que os procedimentos respeitem as disposições legais, por óbvias razões de previsibilidade e racionalidade, se não houver razões bastantes (= proporcionais) para concretamente infligi-los; e porque (b) tem direito ao processo isonômico, o que externamente significa ser citado como todos os demais cidadãos, sem privilégios ou discrimines, e internamente significa ser tratado com a mesma régua legal que se aplica ao autor (e não sob um “código de procedimentos” criado pelo juiz especialmente para si). Logo, uma inopinada e desnecessária “citação radiofônica” terá violado a própria cláusula constitucional do devido processo (formal), em um de seus *desdobramentos essenciais*, eivando de nulidade todos os atos processuais praticados a partir de então.

significa “neutralidade”¹³⁵⁹), o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à tutela judicial efetiva, o direito ao processo público e de duração razoável, o processo isonômico e sob paridade de armas, o “devido processo penal”, a própria legalidade processual (artigos 5º, II, e 22, I, da CRFB), etc. A seu tempo, estudaremos detida e criticamente cada um desses conteúdos. Agora, porém, releva apenas *construir* o conceito de “*procedural due process*”, no geral e no particular. Começando pelo panorama europeu (principais sistemas nacionais).

Pela descrição feita acima, resgata-se já aquele sentido de *equivalência* entre o “*procedural due process*” anglo-saxônico e o “*processo equitativo*” europeu (“*procès équitable*”, “*giusto processo*”, “*fairen Verfahren*”), como havíamos feito alhures (*supra*, tópico 10.4.3, n. IV). Nesses termos, aliás, a garantia está positivada na própria Constituição da República Portuguesa (artigo 20º, 4), “*in verbis*”:

“4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (*g.n.*).

Está claro, porém, que — como norma-princípio que é — a garantia de um processo equitativo não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação dos processos (MEDEIROS); opõe-lhe, porém, limites. As normas processuais devem ser de natureza tal que

“[...] proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialéctica que elas protagonizam no processo (Acórdão n.º 632/99). Um processo equitativo postula, por isso, a **efectividade do direito de defesa** no processo, bem como dos **princípios do contraditório** e da **igualdade de armas**. [...] Mas um processo equitativo — e a expressão constitucional, na esteira do disposto no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da jurisprudência que o ilumina, que deve ser tomada em consideração na interpretação do artigo 20º (Acórdão n.º 354/99), é **intencionalmente aberta** — não se esgota necessariamente nas dimensões assinaladas, **podendo aplicar-se residualmente em qualquer situação em que se conclua que o processo não está estruturado em termos que permitam, num prazo razoável, a**

¹³⁵⁹ V., *supra*, o tópico 5.2.

descoberta da verdade material e uma decisão da causa ponderada. [...] Enfim, consagrando a Constituição o direito a um processo equitativo, determinados vícios processuais traduzem violações de direitos fundamentais, o que, em face da força expansiva do conceito de norma fiscalizável pelo Tribunal Constitucional, não é irrelevante para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade”¹³⁶⁰.

II. Nessa precisa ordem de ideias, buscando os conteúdos do “*procès équitable*” a partir das fontes internacionais (porque a Constituição francesa não os explicita), DELMAS-MARTY e LUCAS DE LEYSSAC¹³⁶¹ reconhecem como tais seis garantias fundamentais: **(a)** os direitos de defesa (PIDCP, artigo 14, 3; CEDH, artigo 6º¹³⁶²); **(b)** a presunção de inocência (PIDCP, artigo 14, 2; CEDH, artigo 6º, 2; DDHC, artigo 9º); **(c)** a publicidade (PIDCP, artigo 14, 1; CEDH, artigo 6º, 1); **(d)** a duração razoável (PIDCP, artigos 9º e 14; CEDH, artigos 5º e 6º); **(e)** o princípio do “*non bis in idem*” (PIDCP, artigo 14, 7; Protocolo CEDH n. 7, artigo 4º); e **(f)** o direito ao duplo grau de jurisdição processual penal (PIDCP, artigo 14, 5; Protocolo CEDH n. 7, artigo 2º). A paridade de armas, por exemplo, não é mencionada; por outro lado, a garantia do *acesso à justiça* teria autonomia em relação à do processo equitativo, abrangendo, entre outros predicamentos, a independência da magistratura e a inamovibilidade dos juízes, o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, o direito à assistência judiciária (advogado, intérprete), o direito de todo preso ou detido ser levado à presença de um juiz e o direito a um recurso efetivo. Há nessa classificação, a nosso sentir, três defeitos: a incompletude (haveria outras garantias processuais a agregar, mesmo porque positivadas nas fontes nacionais ou internacionais), alguma arbitrariedade na atribuição dos predicados (a rigor, parece-nos que todos eles possam ser albergados pela ideia de processo equitativo) e um certo vício de viés (os autores privilegiaram uma abordagem voltada ao processo penal). De todo modo, ali estão descritos conteúdos essenciais para o conceito de processo equitativo, que pode assim ser considerado — seguindo com os autores franceses¹³⁶³ — como o princípio fundamental da preeminência do Direito nas sociedades democráticas (logo, uma *condição política* para

¹³⁶⁰ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, pp.192-193.

¹³⁶¹ Delmas-Marty *et. al*, *Libertés...*, pp.20-21.

¹³⁶² Sendo, de resto, “*principe fondamental reconnu par les lois de la République*” da França (*op.cit.*, pp.08 e 20).

¹³⁶³ Sudre, *Droit...*, pp.332-333.

o próprio Estado de Direito), compondo os próprios vigamentos da ordem pública europeia (e mundial) dos direitos humanos. Não por outra razão, esse princípio funciona mesmo como uma “exceção de ordem pública europeia”, permitindo que os tribunais de um país neguem execução a uma sentença estrangeira que lhes pareça contrária às exigências do processo equitativo.

Na Itália, a *Costituzione* de 1947 havia inicialmente consagrado, em seu artigo 111, apenas a motivação das decisões judiciais e o recurso de cassação contra quaisquer sentenças e disposições jurisdicionais que afetassem a liberdade pessoal. No entanto, com o advento da *Legge costituzionale* n. 2, de 23.11.1999 (*G.U.* n. 300, 23.12.1999), introduziu-se larga e textualmente o princípio do “*giusto processo*”, se bem que sob o expresse poder de conformação do legislador (i.e., “*regolato dalla legge*”). Afora as garantias específicas dos acusados em matéria penal, o preceito garante, em linhas mais gerais, o contraditório, a paridade de armas, o juiz “terceiro” e imparcial (“*giudice terzo e imparziale*”) e a duração razoável do processo (“*la ragionevole durata*”) — que viria a ser regulamentada com o advento da polémica “*Legge Pinto*” (*Legge* n. 89/2001, sobre “*durata ragionevole del processo ed equa riparazione*”) —, mantendo a motivação dos provimentos judiciais. Na doutrina, seu desenvolvimento segue de perto os conteúdos usualmente reconhecidos no artigo 6º da CEDH¹³⁶⁴.

Entre os espanhóis, a Constituição de 1978 não deu positividade à expressão “processo equitativo” (“*proceso equitativo*”). Entre as suas garantias fundamentais, porém, o artigo 24 traz o “*derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*” (n. 1). Positivaram-se, pois, os dois grandes temas do “*procedural due process*” contemporâneo, que frequentemente se antagonizam: de um lado, os direitos de defesa; de outro, o direito à tutela jurisdicional efetiva (com todos os seus consectários). Ora, uma vez consagrados constitucionalmente os dois extremos do espectro, todas as garantias compreendidas entre

¹³⁶⁴Cf., por todos, Luigi Paolo Comoglio, “*Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2002, n. 03, pp.968 e ss.; Rita Maruffi, “*L’art. 111 Cost. e l’incompatibilità del giudice nel proceso civile*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2003, n. 04, pp.1166-1170. Sobre “*imparzialità*” (“*terzietà*”) vs. *imparcialidade*, inclusive no sistema jurídico italiano, v., *supra*, o tópico 5.2, n. IV, e as notas ns. 231 a 233.

eles podem de algum modo se subsumir. A partir dessa formulação, e também do que está disposto nos ns. 2 e 3 do mesmo artigo 24, a doutrina espanhola tem reconhecido as seguintes garantias (todas reconduzíveis, segundo pensamos, à ideia de devido processo formal): o direito à tutela judicial efetiva; o direito ao juiz natural (“*predeterminado por la ley*”); o direito de defesa e de assistência técnico-jurídica (“*de um letrado*”); o direito de suficiente informação acusatória; o direito a um processo público; o direito à duração razoável do processo (“*derecho fundamental a um proceso sin dilaciones indebidas*”); o devido processo penal (“*la noción de un proceso penal con todas las garantías*”); o direito de prova (“*derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*”); o direito ao silêncio e à não autoincriminação; e o direito à presunção de inocência (os dois últimos na esfera processual penal)¹³⁶⁵.

Na Alemanha, por fim, a Constituição tampouco positivou a expressão “*fairen Verfahren*”. Mas lhe faz as vezes, em certo sentido, o “direito à audiência judicial”¹³⁶⁶ (“*Anspruch auf rechtliches Gehör*”), doravante apenas “*rechtliches Gehör*”, inscrito no artigo 103, 1, da GG¹³⁶⁷. Se se equivalem inteiramente ou não é questão controvertida (entendemos que não); mas os autores têm desdobrado da ideia de “*fairen Verfahren*” as seguintes garantias: a “*rechtliches Gehör*” em acepção estrita (como direito à presença na corte — senso estritíssimo — e como direito ao contraditório); o processo público (tendendo à oralidade); a paridade de armas; o direito à proteção judicial efetiva (“*Justizgewährleistungsanspruch*”; ou, seguindo a dicção espanhola, o direito à tutela judicial efetiva); e a duração razoável do processo¹³⁶⁸.

¹³⁶⁵ Gutiérrez-Alviz Conradi *et al.*, *Derechos procesales...*, pp.209 e ss.

¹³⁶⁶ Entre os autores anglófonos, com efeito, a “*rechtliches Gehör*” tem sido traduzida como “*right to be heard*” (como consta, aliás, da versão em inglês do artigo 41, 2, da CDF); ou, num sentido ainda mais estrito, como “*right to a day in court*”. Os próprios autores alemães evocam, como gancho semântico, a expressão latina “*audiatur et altera pars*” (que remete à garantia do contraditório; e, com efeito, os autores de língua portuguesa geralmente identificam a “*rechtliches Gehör*” com o direito ao contraditório). Mas tal direito tem merecido da doutrina alemã extensos desdobramentos, que passam pelo direito processual de informação e chegam a todos os chamados direitos de defesa, especialmente em matéria processual penal.

¹³⁶⁷ Frank Johnik, “*Die Bedeutung des Art. 6 EMRK für den deutschen Zivilprozess*”, in *Das faire Verfahren...*, pp.02-13 (pp.02-03 para o cotejo entre “*fairen Verfahren*” e “*rechtliches Gehör*”). Ainda mais enfaticamente, v. Burkhard Hess, “*Abuse of Procedure in Germany and Austria*”, in *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Michele Taruffo (ed.), The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, p.167 (com transcrição parcial na nota n. 1533, *infra*).

¹³⁶⁸ V., por todos, Johnik, “*Die Bedeutung...*”, pp.04 e ss. No contexto suíço, SCHAEERZ distingue, no marco do “*fairen Verfahren*” ex artigo 6º da CEDH, entre as garantias relativas (“demandadas”) aos tribunais

Todos os sistemas nacionais citados — e cada qual à sua maneira — remetem, afinal, para, basicamente, o mesmo núcleo deontológico, que coincide total ou parcialmente com aquele primeiro, de nossa lavra, pelo qual iniciamos este tópico. Vejamos, então, outras plagas. Como se entende hoje o “*procedural due process*” no seu berço geográfico, à mercê das doutrinas de raiz anglo-saxônica?

III. Na perspectiva norte-americana, sempre mais abrangente, tem-se dito que o devido processo compreende um extenso sistema de normas de conduta aceitas por uma sociedade civilizada para uma distribuição mais justa e equânime de seus bens¹³⁶⁹. Como se percebe, tal significado tanto se aplica à dimensão substantiva como à dimensão procedimental; e, quanto à última, a jurisprudência tem atinado para duas preocupações centrais: **(a)** a prevenção contra injustificadas ou errôneas deprivações¹³⁷⁰ de direitos subjetivos e **(b)** a promoção de participação e diálogo no processo de elaboração de decisões que afetam as partes processuais (o que reflete a perspectiva *dialógica* — da *razão prático-moral procedimental* legitimadora — que acima víamos em HABERMAS¹³⁷¹). Ou, na literalidade de *Marshall v. Jerico* (446 U.S. 238, 1980):

“The Due Process Clause entitles a person to an impartial and disinterested tribunal in both civil and criminal cases. *Carey v. Piphus*, 435 U.S. 247, 435 U.S. 259, 435 U.S. 266. This requirement of neutrality [melhor seria “impartiality”] in adjudicative proceedings safeguards the two central concerns of procedural due process, the prevention of unjustified or mistaken

—“Anforderungen an das Gericht” (a saber: “*ein auf Gesetz beruhendes Gericht*”, “*Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts*” e o “*Recht auf Zugang zu einem Gericht*”) — e as garantias relativas ao processo — “Anforderungen an das Verfahren” (a saber: “*Öffentlichkeit des Verfahrens*”, “*Angemessene Dauer des Verfahrens*”, “*Persönliche Teilnahme am Verfahren*”, “*Waffengleichheit*” e a “*Unschuldsvermutung*”), além de outras garantias específicas dos acusados em sede penal (“*Besondere Garantien zugunsten des Beschuldigten bzw. des Angeklagten*”). Cf. Patrick A. Schaerz, “*Der Begriff des ‘fairen Verfahrens’ gemäss Art. 6 EMRK in der schweizerischen Rechtspraxis*”, in *Das faire Verfahren...*, pp.59-66.

¹³⁶⁹ Laurence Henry Tribe, *American constitutional law*, 2nd ed., Mineola, Foundation Press, 1988, pp.672-673; também Silveira, *Devido Processo Legal*, p.305.

¹³⁷⁰ “Deprivação” é um neologismo da língua portuguesa, já incorporado em alguns segmentos (psicologia, medicina), que aqui utilizamos como tradução alternativa para o inglês “*deprivations*”, que não se traduz bem por “perda” ou por “privação”, porque supõe a intervenção de terceiros. Talvez a tradução mais exata fosse “usurpação”; mas tampouco calharia, porque “usurpar” é verbo geralmente associado ao exercício de poderes ou funções, não de direitos. Assim, em alguns contextos (como fizemos no tópico 15.3, n. VIII, *supra*), diremos mesmo “deprivação”.

¹³⁷¹ Cf., *supra*, o tópico 11.1, n. IV.

deprivations and the promotion of participation and dialogue by affected individuals in the decisionmaking process. *See Carey v. Piphus*, 435 US 247 , 435 US 259 - 262, 435 US 266 -267 (1978). *V. Mathews v. Eldridge*,⁴²⁴ EUA 319424 EUA 344 The neutrality requirement helps to guarantee that life, liberty, or property will not be taken on the basis of an erroneous or distorted conception of the facts or the law. *See Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 , 424 US 344 (1976). At the same time, **it preserves both the appearance and reality of fairness, "generating the feeling, so important to a popular government, that justice has been done,"** *Joint Anti-Fascist Committee v. McGrath*, 341 US 123 , 341 US 172 (1951) (Frankfurter, J., concurring), by ensuring that **no person will be deprived of his interests in the absence of a proceeding in which he may present his case with assurance that the arbiter is not predisposed to find against him”** (g.n.).

Nesse preciso enalço, ABRAHAM e PERRY¹³⁷² elencam toda a série de direitos de “*procedural due process*” que a jurisprudência estadunidense tem extraído do *Bill of Rights* americano (1791), em maioria herdados do *Bill of Rights* de 1689 (v., *supra*, o tópico 9.2.2) ou da própria “*common law*” britânica: (i) o direito de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e bens contra indevida busca ou apreensão (Emenda n. IV); (ii) o direito de não sofrer deprivação de liberdade ou buscas pessoais e domiciliares por mandados (“*Warrants*”) que não sejam emitidos com base em causa provável, sob juramento ou declaração e com a descrição específica do lugar onde se buscará e/ou da pessoa ou coisa que se apreenderá (Emenda n. IV); (iii) o direito à pronúncia (“*indictment*”) perante o “*Grand Jury*” em caso de crimes capitais ou infamantes (dir-se-ia, no Brasil, “hediondos”; nos EUA, v. Emenda n. V); (iv) a proibição do “*double jeopardy*”, i.e., o direito de não ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, com risco à vida ou ao corpo (literalmente, “membros”: “*limb*”; v. Emenda n. V); (v) a garantia contra autoincriminações compulsórias (Emenda n. V); (vi) o direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial, no Estado e distrito onde o crime foi praticado (Emenda n. VI); (vii) o direito à suficiente informação acusatória, inclusive de sua natureza e de sua causa (Emenda n. VI); (viii) o direito de acusado ser confrontado com as testemunhas adversas (Emenda n. VI); (ix) o direito de contar com a estrutura da máquina judiciária para

¹³⁷² Abraham, Perry, *Freedom...*, p.113. V. também Silveira, *Devido Processo Legal*, p.306.

obter a oitiva de testemunhas favoráveis (i.e., obtê-la sob “*compulsory process*”; v. Emenda n. VI); (x) o direito a um advogado nas causas criminais (“*Assistance of Counsel*”; v. Emenda n. VI); (xi) a garantia contra valores excessivos de fianças e multas e contra punições cruéis ou incomuns (Emenda n. VIII). Essas garantias, porque constitucionais, estão acima das leis. Não haverá processo legal “devido” se não estiverem — com todos os seus consectários — bem atendidas no texto e na prática.

De tanto se pode concluir que “processo legal” (em sentido puramente formal) não equivale a “processo devido” (na acepção constitucional) ou tampouco a “processo justo” (“*fair procedures*”). *Devido processo formal, devido processo procedimental* ou “*procedural due process*” tem de ser, nesse sentido, o processo formalmente legal, constitucionalmente devido e juridicamente justo. O que nos aproxima de GALLIGAN¹³⁷³ quando estuda a “*procedural fairness*”: imanente a cada tipo legal de processo/procedimento, há *standards* deontológicos baseados nos valores vigentes de tratamento justo e isonômico; logo, submeter as pessoas a esses *standards* é proporcionar-lhes um tratamento justo e isonômico “*prima facie*” (o que — dizemos nós — pode ser *falso* na concretude do processo, impondo-se inflexões). Na base desse sistema, subjaz a ideia (a “promessa”) de que cada um dos membros da sociedade será tratado com a mesma régua. Logo, “[t]he concept of procedural fairness¹³⁷⁴ consists in the relationship between

¹³⁷³ D. J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, New York, Clarendon Press/Oxford, 1996, p.52.

¹³⁷⁴ De que o “*procedural due process*” é, para o autor — que é europeu —, uma das formas ou manifestações (Galligan, *Due Process...*, pp.73-75). *In verbis*: “As the title of this book suggests, *due process* and *procedural fairness* go together, but it is not always clear whether they mean the same thing or what the differences between them are. The notion of *due process* has become associated with certain doctrines, both substantive and procedural, arising under the American constitution, while *procedural fairness* is more at home in the British context, although even here the term commonly used until recently was *natural justice*. *Natural justice* refers to the specific doctrines relating to hearing and bias, while *procedural fairness* is the more general term, referring to a dynamic principle on the basis of which various procedural doctrines may be based. Although *due process* now has American connotations, its origins are in the early common law. In its procedural aspects, the doctrine represents a particular interpretation of and a set of doctrines about **procedural fairness**” (p.73). Numa concepção mais estrita, porém, pela qual se entenda a “*procedural fairness*” como um paradigma de *confiança*, *cooperação* e *boa-fé processual*, será melhor tomá-la por um elemento integrante do devido processo formal, e não o contrário. De todo modo, as três expressões — “*procedural fairness*”, (procedural) “*due process*” e “*natural justice*” — dizem respeito essencialmente ao(s) mesmo(s) objeto(s): “[i]n one sense, the terms make reference to specific legal doctrines about procedures within one jurisdiction or another. [...] In a second sense, the terms *due process*, *natural justice*, and *procedural fairness* refer not to the legal rules of procedures but to the values which justify those rules” (p.74).

procedures, fair treatment, and authoritative standards”¹³⁷⁵. Procedimento sem tratamento justo, por ação ou por omissão das partes ou da autoridade que o preside, não é “*fair procedure*”; e também não é devido processo formal, ainda que legal. Mais: se é assim, os *standards* de “*procedural due process*” variam, no espaço-tempo, de acordo com as concepções históricas de tratamento justo e isonômico em cada sociedade (GALLIGAN). O que nos permite acrescentar: constrói-se um modelo de devido processo formal *a partir* daquelas concepções materiais, que o constitucionalismo moderno ensinou a plasmar em um texto normativo geral: a própria *Constituição*. Noutras palavras, **o processo e os seus procedimentos devem ser pensados pelo prisma da Constituição**; amiúde, porém, o que se vê é o inverso (constituições interpretadas sob o prisma de leis ordinárias processuais, de decretos regulamentares ou até mesmo dos regimentos dos tribunais).

IV. É notória a desenvoltura conceitual que o “*procedural due process*” ameahou, com as próprias pernas, em pouco mais de cem anos (considerando-se que DEGELKOLB e PLÓSZ possibilitaram os despregamentos conceituais do direito substantivo somente na década de oitenta do século XIX). Seus vínculos com o “*substantive due process*”, porém, são genéticos e definitivos, não podendo ser olvidados. Desde suas origens, a ideia de devido processo formal concernia à “qualidade” e à “quantidade” de procedimentos exigíveis para que o Estado ou as suas agências governamentais pudessem privar a pessoa de sua vida, de sua liberdade (ou aspectos dela) ou de suas propriedades. Logo, o “*procedural due process*” só tem sentido na perspectiva dos bens da vida que são por ele assegurados: o devido processo formal não tem valor por si mesmo, mas só pelo que protege (o que justifica, hodiernamente, a vigorosa ideia de instrumentalidade do processo¹³⁷⁶, *inerente* à própria gênese do processo como garantia da pessoa, em 1037/1215, ao menos por este ponto de vista). Em algumas constituições, aliás, essa correlação está muito bem sedimentada (como é o caso da portuguesa¹³⁷⁷). Na dicção de CYNTHIA STEWART, “*providing adequate process is important to ensure that life,*

¹³⁷⁵ Entendam-se aqui, como “*authoritative standards*”, modelos deontológicos cogentes de conduta processual.

¹³⁷⁶ Cf., *supra*, o tópico 1.1, n. VI.

¹³⁷⁷ Veja-se o artigo 20º, 5, da CRP: “*Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*” (g.n.). Na CRFB, a correlação não foi infelizmente traçada com cores tão fortes.

liberty, and property are not taken arbitrarily, but it does not mean they cannot be taken at all”¹³⁷⁸ (donde a necessária interface com o devido processo substantivo¹³⁷⁹). Para STEWART, aliás, a própria repartição clássica entre “*procedural*” e “*substantive due process*”, que remonta ao século XIX, já não é suficientemente clara: há algo de definitivamente “substancial” na pretensão de garantia do devido processo em acepção procedimental (como, p.ex., a própria “descoberta” constitucional de vários de seus consectários como direitos humanos fundamentais); não fosse assim, poder-se-ia perfeitamente considerar “devido processo formal” o “*trial by ordeal*” (julgamento por ordálias¹³⁸⁰), desde que disciplinado cartesianamente em todas as suas fases e referendado pelos representantes do povo). Ademais, é fato que, historicamente, se uma particular forma processual é considerada indispensável em certas circunstâncias, exsurge normalmente garantida por dispositivos constitucionais autônomos (assim, e.g., quanto ao tribunal do júri: artigo 5º, XXXVIII, da CRFB, artigo 207º, 1, da CRP), sem necessidade de remissão à “*due process clause*”. Por tudo isso, a autora propõe uma releitura para essa dicotomia, menos preocupada com os seus conteúdos — em todo caso, a principal utilidade da doutrina do “*due process*” será sempre a de identificar garantias constitucionais não escritas (“*unwritten constitutional guarantees*”; diremos, adiante, *direitos processuais constitucionalmente adscritos*) — e mais atenta ao seu contexto global jurídico-político, privilegiando abordagens mais completas¹³⁸¹ (dir-se-ia mesmo “holísticas”, no sentido de tender à unidade).

¹³⁷⁸ Cynthia Stewart, *The evolution and interpretation of due process of law*, Ann Arbor, ProQuest, 2005, p.145.

¹³⁷⁹ “*Substantive due process is not about process; it is about granting absolute protection, akin to that provided to freedom of speech by the First Amendment, to rights that the people of the United States have not thought fit to grant such protection through the amendment process*” (*op.cit.*, p.146).

¹³⁸⁰ Julgamentos por ordálias — “*once considered perfectly ‘process’*” (*op.cit.*, p.146) — não poderiam jamais ser admitido como devido processo formal em Estados Democráticos de Direito, ainda que a lei ordinária o dissesse. Não são racionais, baseiam decisões que restringem direitos subjetivos em fenômenos imponderáveis e, nessa medida, violentam a dignidade da pessoa humana. Para origens e exemplos nas culturas europeias, cf., *supra*, as notas ns. 11, 529 e 530; mas as ordálias foram conhecidas de várias outras culturas, inclusive em sociedades tribais. Em Serra Leoa, p.ex., algumas tribos se valiam de julgamentos pela ingestão da “água vermelha”, produzida a partir da *fava de Calabar* (“*venenosum Physostigma*”), um tipo de semente tóxica para o ser humano; a bebida, subministrada normalmente aos acusados de feitiçaria, revelava se eram culpados (caso os matasse) ou inocentes (caso o organismo rejeitasse o líquido e o expelisse por meio de vômitos).

¹³⁸¹ Cynthia Stewart, *The evolution...*, pp.232-233. A tese de STEWART, genericamente compreendida, é correta, parte de pressupostos irrefutáveis e avança na construção de um conceito unitário de “*due process*”; na aproximação propositiva, porém, a autora releva claramente um ímpeto liberal e ultrafederalista, relativamente comum a certos nichos da intelectualidade norte-americana, que em muitos aspectos não

De nossa parte, cremos que a dicotomia pode — e deve — ser mantida, tanto pela força de sua tradição como pelos seus ganhos didático-pedagógicos (especialmente nos cursos de graduação em Direito, à mercê da absorção ocidental da teoria abstrata da ação e da autonomização das cadeiras processuais¹³⁸²). Está fora de dúvidas, porém, que *o devido processo formal já não poder ser pensado sem a perspectiva constitucional e as suas interações dinâmicas com o devido processo substantivo*.

16.2. PESSOAS TUTELADAS

I. A primeira questão de fundo que se apresenta ao estudioso do “*procedural due process*” diz com o seu âmbito pessoal de alcance. A **quem** exatamente se estendem as garantias do “*procedural due process*”? Estando no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana (CEDH), aproveitam a pessoas jurídicas? A entes despersonalizados? E ao próprio Estado ou às suas agências?

Antecipamos, alhures, o que o TEDH entende a respeito, ao menos em sede de processo equitativo para os efeitos do artigo 6º da CEDH (*supra*, tópico 10.4.2, n. IV). Examinando a jurisprudência de Estrasburgo, conclui-se que estão sob o amparo do referido preceito tanto as pessoas físicas quanto jurídicas; também estão garantidos os estrangeiros e os apátridas sob a jurisdição dos Estados convenientes; e, pela “*ratio*

converge para o modelo de processo que aqui propomos. Leia-se, p.ex., à p.233: “*The dichotomy between substantive and procedural due process [...] must be reconsidered. The federal courts need to accept that the government of the United States is a federal government, not a national one. Not everything can be uniform. The fact that federal judges do not trust the states to be ‘fair’ does not give them the authority to substitute their own ideas about what procedures lead to the best outcomes. The people of the states may not always make decisions that our intellectual elite consider ‘enlightened,’ they may even make decisions that prove to be misguided, ill-advised, ineffective, or dangerous. If they make bad decisions through their elected representatives, however, the mistakes will be more easily and quickly corrected. [...] A return to that system, including respect for the separation of powers, recognition that the federal government is one of enumerated powers, and an interpretation of due process in line with its traditional meaning, would result both in a more intellectually consistent system of Constitutional interpretation and a more flexibility and responsiveness in the political branches of both state and federal governments*”.

¹³⁸² Com efeito, as disciplinas de direito processual hoje autonomizadas (Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual do Trabalho, etc.) esvaziaram-se-iam consideravelmente com o estudo de típicas garantias processuais *fora* de seus domínios; ademais, um efetivo deslocamento de conteúdos (para o Direito Constitucional, p.ex.) provavelmente comprometeria a abordagem estritamente aplicada (teórico-prática), tão relevante a formação de futuros advogados e juízes.

decidendi” de alguns julgados, inclusive os Estados e as pessoas jurídicas de direito público, no que lhes for compatível. Pensando, porém, em padrões universais — para que depois se possam abstrair os vários sistemas de justiça (como é o sistema da CEDH/TEDH) —, interessa mirar o outro lado do Atlântico e determinar se essa abrangência pode ser validada como *tese geral*.

II. Examinando a questão pela perspectiva do “*procedural due process*” estadunidense, constata-se que a jurisprudência da *U.S. Supreme Court* já não admite, desde pelo menos 1886, as acepções restritivas do conceito de “pessoa” (“*No person shall be held [...]*”), que o limitavam à ideia de “pessoa natural” ou mesmo de “cidadão”. Ao contrário, assentou-se que as Emendas ns.V e XIV são *universais* em sua aplicação — o que revela a sua natureza de direito humano fundamental —, alcançando todas as pessoas sob a jurisdição territorial dos EUA, sem qualquer distinção de raça, cor ou nacionalidade (*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356). É certo, pois, que o “*procedural due process*” aproveita a estrangeiros não residentes e imigrantes (*Terrace v. Thompson*, 236 U.S. 197, 1923; *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228, 1896), inclusive ilegais (*Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 1982); ou — mais recentemente — até mesmo aos combatentes inimigos, como decidido no rumoroso *affaire* Guantánamo (*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 2006; também *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 504, 2004, e *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 2004), demolindo as mais ousadas construções do chamado “Direito Penal do Inimigo” (“*Feindstrafrecht*”) ¹³⁸³. Mesmo nas deportações, o imigrante residente não pode ser

¹³⁸³ O *Direito Penal do Inimigo* baseia-se nas teorias enunciadas pelo alemão GÜNTHER JAKOBS em 1985, pretendendo distinguir os sujeitos ativos de condutas típico-penais entre *criminosos comuns* e *adversários do Estado*: àqueles, capazes de ressocialização, aplicar-se-ia o devido processo penal ordinário, com todas as suas garantias; a esses, que pretendem a destruição do Estado ou não são ressocializáveis, negar-se-ia a condição primária de cidadão e se reservaria um tratamento “especial”, mais rigoroso e com menores garantias, tanto na esfera penal quanto na esfera processual penal. JAKOBS propunha o modelo para os casos de terrorismo, criminalidade organizada, tráfico internacional de entorpecentes, etc. (v., por todos, Günther Jakobs, “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, v. 97, pp.783 e ss.). Em *Hamdan v. Rumsfeld* (que destrinçaremos adiante) e nos outros dois “cases” da trilogia, a tese discriminatória principal — que obviamente *negava* ao devido processo formal a universalidade própria de todo direito humano fundamental — não resistiu ao exame da *U.S. Supreme Court*, que reconheceu o direito de os detidos discutirem perante as cortes federais a sua classificação como combatentes inimigos, a legalidade de suas prisões e os respectivos “*writs of habeas corpus*” (revertendo, nesse particular, alguma jurisprudência anterior, refratária à condição de “pessoa” — na acepção da “*due process clause*” — ou ao direito ao juiz natural para estrangeiros de países em guerra com os EUA: v. *Johnson v. Eisentrager*, 1950; *Ludecke v. Watkins*, 1948). Em *Hamdi v. Rumsfeld*, aliás, a decisão referiu expressamente a necessidade de que as asserções do governo quanto à

retirado do território sem que lhe esteja assegurado o devido processo formal, justo e dialógico (i.e., deve-se inclusive garantir ao réu o “*right to be heard*” — *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33, 1950¹³⁸⁴).

Nos casos mais difíceis — como os que envolvem imigrantes ilegais e combatentes inimigos —, a Corte admite certas modulações e restrições¹³⁸⁵ (como, p.ex., a legalidade das longas prisões cautelares, civis ou penais), valendo-se de critérios de razoabilidade (i.e., de necessidade) ou, mais raramente, de proporcionalidade (lançando mão do tríplice juízo). Mas, mesmo nessas circunstâncias, percebe-se o esforço de preservação de um *conteúdo essencial irreduzível* no marco do devido processo formal. O que nos reporta ao tópico 12.2 e à “*Wesensgehaltgarantie*”, antecipa as discussões do §25º e permite entrever outra vez as interações entre o devido processo substantivo e o procedimental.

III. E quanto às corporações, entidades despersonalizadas — inclusive as “parcerias” americanas (*partnerships*) — e sindicatos? Se se trata de pessoas jurídicas (i.e., coletividades personalizadas ou “pessoas morais”), não há hesitações. Desde 1896 (*Convington & Lexington Tpk. Rd. Co. v. Sandford*, 164 U.S. 578), passando por vários casos paradigmáticos (*Metro Life Insurance Co. v. Ward*, 470 U.S. 869, 1986; *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632), a Suprema Corte trata as pessoas jurídicas como “pessoas” para fins de proteção sob a cláusula do devido processo e também sob a cláusula da “*equal protection*” (Emendas ns. V e XIV). O raciocínio jurídico, na maioria desses casos, não passou pelas teorias da ficção de SAVIGNY ou DUCROCQ, ou por qualquer outra construção abstrata do gênio jurídico europeu; apenas se entendeu que, se estão

condição de “combatente inimigo” dos detidos fossem postas à prova perante um “*neutral decisionmaker*” (o que não se podia dizer das comissões militares de Guantánamo), em condições de “*fair opportunity*”. Consagrou-se aos “não cidadãos”, de uma penada só, a garantia do juiz natural e o contraditório.

¹³⁸⁴ Sendo factíveis, porém, certas restrições (na comparação com os “cidadãos”), conforme decisões mais recentes (e.g., *Demore v. Kim*, 2003). Decidiu-se que “*when the Government deals with deportable aliens, the Due Proces Clause does not require it to employ the least burdensome means to accomplish its goals*”; assim, os deportáveis podem ser presos civil e cautelarmente, sem direito à fiança, para a ulterior execução da deportação. O Justice REHNQUIST argumentou ser essa uma medida *necessária* para que o Estado evite a previsível fuga de criminosos estrangeiros que, na iminência da deportação, nem compareceriam à audiência do processo (logo, um juízo de proporcionalidade). Houve dissensões dos *justices* O’CONNOR, SCALIA e THOMAS, que entendiam que a *Immigration and National Act* limitava indevidamente a jurisdição das cortes federais em tais situações e repudiavam as detenções de longo prazo.

¹³⁸⁵ Wasserman, *Procedural...*, p.22: “”.

protegidos pela “*due process clause*” cotistas e acionistas individuais, titulares da pessoa jurídica e proprietários indiretos de seu patrimônio, então as próprias pessoas jurídicas também deveriam estar, por projeção ou reflexo, porque são meros instrumentos de ação daqueles (v. *Pembina Consolidated Silver Mining & Milling Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181, 1888).

O pragmatismo norte-americano oferece-nos, nesse caso, uma boa medida para justificar evoluções recentes no tratamento jurídico de pessoas morais, que dificilmente se explicariam pelas teorias mais abstratas; assim, p.ex., a questão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas — refutando a secular parêmia “*societas delinquere non potest*” e tornando-as idôneas a figurar como rés em processos penais —, que não se resolve adequadamente nem com teorias de realidade (OTTO v. GIERKE), nem com teorias de ficção (F. C. v. SAVIGNY)¹³⁸⁶, mas talvez se equacione com a teoria francesa da “*responsabilité par ricochet*”¹³⁸⁷ (que, a rigor, não é mais que uma leitura sofisticada das teses de “projeção” — “*changing body of men*” — na base da casuística da *U.S. Supreme Court*¹³⁸⁸). Além disso, a proposta “pragmática” explica melhor como pessoas jurídicas

¹³⁸⁶ Para uma visão geral de ambas as linhas teóricas e de seu (pouco) papel na questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, v., por todos, Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. José Luiz Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada, Comares, 1993, pp.204-205.

¹³⁸⁷ V., p. todos, G. G. Feliciano, *Teoria...*, Capítulo III, tópico 1.3.3 (*passim*).

¹³⁸⁸ Nesse diapasão, consta de *Pembina Consolidated Silver Mining & Milling Co. v. Pennsylvania* (Syllabus): “*The exaction of a license fee by a state to enable a corporation organized under the laws of another state to have an office within its limits for the use of the officers, stockholders, agents, or employs of the corporation does not impinge upon the commercial clause of the federal Constitution (Article I, § VIII, clause 3), provided the corporation is neither engaged in carrying on foreign or interstate commerce nor employed by the government of the United States. [...] Corporations are not citizens within the meaning of the clause of the Constitution declaring that the citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states, Article IV, § II, clause 1. [...] A private corporation is included under the designation of "person" in the Fourteenth Amendment to the Constitution, section I. [...] The provisions in the Fourteenth Amendment to the Constitution, Section I, that "No state shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" do not prohibit a state from requiring for the admission within its limits of a corporation of another state such conditions as it chooses. [...] The only limitation upon the power of a state to exclude a foreign corporation from doing business within its limits, or hiring offices for that purpose, or to exact conditions for allowing the corporation to do business or hire offices there, arises where the corporation is in the employ of the federal government or where its business is strictly commerce, interstate or foreign*” (g.n.). E, no corpo do julgado, lê-se: “*The application of the Fourteenth Amendment of the Constitution to the statute imposing the license tax in question is not more apparent than the application of the clause of the Constitution to the rights of citizens of one state to the privileges and immunities of citizens in other states. The inhibition of the amendment that no state shall deprive any person within its jurisdiction of the equal protection of the laws was designed to prevent any person or class of persons from being singled out as a special subject for discriminating and hostile legislation. Under the designation of "person" there is no doubt that a private corporation is included. Such corporations are*

podem exercer, conjuntural ou até estruturalmente, direitos ditos “*humanos fundamentais*”¹³⁸⁹ (o que também não se entenderia bem com GIERKE ou SAVIGNY).

Quanto às parcerias não personalizadas, o problema ganhou especial relevância nos EUA a partir do “*Revised Uniform Partnership Act*” de 1997, que equiparou a “*pessoa*”, para os efeitos da lei, todo indivíduo, pessoa jurídica, *trust* empresarial, parceria, associação, *joint venture*, governo, subdivisão governamental, agência ou instrumento, ou qualquer outra entidade legal para o comércio (artigo 1º, *Section* 101, n. 10). As parcerias não têm, portanto, personalidade jurídica própria, mas são consideradas entidades distintas dos parceiros e podem realizar atos jurídicos nos estritos limites da lei de 1997; mais que isso, por força das próprias *Federal Rules of Civil Procedure* (artigo 17, “*b*”, n. 1), conquanto não tenham capacidade jurídica sob a lei civil, podem — como, de resto, pode qualquer associação despersonalizada — “*sue or be sued in its common name for the purpose of enforcing for or against it a substantive right existing under the Constitution or laws of the United States*” (perante as cortes federais). Ora, se têm *personalidade judiciária* — i.e., detêm capacidade de estar em juízo — e são igualmente mecanismos instrumentais

merely associations of individuals united for a special purpose and permitted to do business under a particular name and have a succession of members without dissolution. As said by Chief Justice Marshall: "The great object of a corporation is to bestow the character and properties of individuality on a collective and changing body of men" (g.n.).

¹³⁸⁹ Sobre essa perplexidade (e outra, relacionada justamente ao “*status*” dos estrangeiros não residentes no Brasil), no Brasil, pontuou JOSÉ AFONSO DA SILVA (para o caso brasileiro): “*Viu-se que o art. 5º da Constituição assegura os direitos ali indicados tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País. [...] A propósito, cabem três indagações: sendo direitos e garantias individuais, pessoas jurídicas não os auferem a nenhum? Aos estrangeiros residentes só se reconhecem esses direitos e garantias constantes daquele artigo? Os estrangeiros não residentes, mesmo estando no País, estão excluídos de incidência de qualquer deles ou delas? [...] O princípio é o de que os direitos e garantias assegurados nos incisos do art. 5º se dirigem às pessoas físicas, ao indivíduo, e não às pessoas jurídicas. [...] O princípio é o mencionado acima, mas a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional, o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.). [...] Isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio, e não disponham de qualquer meio, incluindo os jurisdicionais, para tutelar situações subjetivas. Para protegê-las, há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm que respeitar e observar [...]*” (*Curso...*, pp.175-177 — g.n.). A segunda resposta é fraca, porque parte do convencimento do autor de que não há direitos fundamentais dotados de *supra-estatalidade*, que se assegurem a qualquer ser humano independentemente de positividade estatal. Mas os seus próprios exemplos demonstram, de qualquer modo, que a *literalidade* dos textos constitucionais pouco resolve, sobretudo em matéria de âmbito pessoal de aplicação da garantia do devido processo (i.e., seus destinatários).

para a prática de atos jurídicos no interesse das pessoas (“*private individuals*”), obviamente atrairiam para si a mesma “*ratio decidendi*” que informou as decisões sobre empresas personalizadas (“*corporations*”). E, de fato, assim se passou. Cortes federais em primeira instância (“*district courts*”) têm entendido que essas parcerias são “pessoas” também para os efeitos da “*due process clause*”, embora nem sempre o façam explicitamente (v., e.g., *Sedio, N.V. v. Bell, Kalnick, Klee & Green*, n. 91-C-3691, 1992 U.S. Dist. Lexis 874).

O mesmo se passa, ademais, com os sindicatos (“*labor unions*”). Nos EUA, os sindicatos ordinariamente não se constituem como pessoas jurídicas; mas, da mesma forma, são instrumentos par a consecução de objetivos de coletividades de indivíduos. Ademais, vários estados e algumas leis federais asseguram-lhes a capacidade de estar em juízo (nesse último caso, notadamente na condição de *réus*, em matéria trabalhista e *antitrust* — v., e.g., *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448, 1957), a despeito de sua despersonalização. Assim como no caso das *partnerships*, as cortes federais têm lhes reconhecido a condição de “pessoas” tuteladas pelas garantias do devido processo formal, ainda que implicitamente¹³⁹⁰.

Os precedentes norte-americanos podem, nessa parte, lançar certa luz a uma temática ainda pouco amadurecida em países de tradição romano-germânica (quanto às entidades despersonalizadas; já não quanto aos sindicatos, cuja existência legal geralmente pressupõe personalidade jurídica¹³⁹¹). Os códigos de processo têm amiúde reconhecido a *capacidade judiciária* a entidades despersonalizadas (como, no Brasil, a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades despersonalizadas em geral e os condomínios: artigo 12, III, IV, V, VII e IX do CPC; ou, em Portugal, as sucursais, agências, filiais, delegações ou representações e as entidades despersonalizadas em geral: artigos 7º e 24º e do CPC). Como anotou CASTRO NEVES, “*a personalidade judiciária*

¹³⁹⁰ Wasserman, *Procedural...*, pp.24-25.

¹³⁹¹ V., no caso brasileiro, o artigo 8º, I, da CRFB: “*a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical*” (g.n.). O “órgão competente”, na espécie, é o cartório de registro civil de pessoas jurídicas (artigo 114 da Lei 6.015/73), donde se exigir das associações que obtenham *personalidade jurídica* para somente então adquirirem o que se convencionou chamar de *personalidade sindical* (por intermédio de um segundo registro, perante o Ministério do Trabalho e Emprego, mantido pelo STF mesmo após a CRFB de 1988 — Súmula n. 677 — para preservar a chamada unicidade sindical).

das pessoas meramente judiciárias é restrita ao campo do processo civil. Podemos avançar mesmo mais: é restrita ao campo de certo processo civil”¹³⁹². Não são, pois, “pessoas” na acepção do Código Civil (artigos 1º e 40). Considerando-se que os termos do artigo 5º, LIV e LV, da CRFB — ou do artigo 20º da CRP¹³⁹³ — em princípio se aplicam apenas às *pessoas* (o texto constitucional brasileiro diz “*aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País*”, mas já aqui admite extensões, como visto na nota n. 1389), garantias constitucionais como o juiz natural, a efetividade jurisdicional, o contraditório e a ampla defesa aplicam-se às entidades despersonalizadas que demandarem ou forem demandadas em juízo? Se os legisladores acaso aprovassem lei estabelecendo que as ações cíveis em face de condomínios, espólios e outros entes despersonalizados teriam rito próprio, com contraditório diferido para a fase de execução, prazos exíguos e cabal irrecorribilidade, haveria lesão constitucional sindicável judicialmente?

A resposta parece-nos *intuitiva*: **sim**. E o fundamento constitucional — que dirá mais com a realidade sociológica (logo, com um certo *realismo jurídico*¹³⁹⁴) do que com a técnica processual e a conceptualização jurídica — poderá ser a mesma de *Pembina Co. v. Pennsylvania*: por detrás dessas coletividades e desses “patrimônios autônomos” (artigo 22º do CPC português), amalgamam-se genuínos interesses individuais protegidos pela cláusula do devido processo. Aliás, não existissem tais interesses, o próprio legislador não lhes teria carreado a personalidade judiciária (o que serve, pois, como *indício* de que a tutela judicial revela para a pessoa humana, ainda que indiretamente). Donde se concluir que *o “procedural due process” está automaticamente garantido para todos os entes despersonalizados* — coletividades de pessoas ou patrimônios autônomos — *que tenham recebido do legislador, por seu poder de conformação legal, a capacidade de estar em juízo (= personalidade judiciária)*.

¹³⁹² João de Castro Mendes, *Direito processual civil*, v. II, p.13.

¹³⁹³ Embora o preceito diga-se aplicável a “todos”, o *princípio da universalidade* (artigo 12º) designa como titulares dos direitos constitucionais da CRP somente os *cidadãos* (n. 1), abrindo-se exceção — no que for compatível com a sua natureza — apenas às *pessoas jurídicas* (n. 2).

¹³⁹⁴ No sentido de explicar o fenómeno pela sua observação externa, não pelos seus mecanismos internos de autocompreensão (as “*legal doctrines*”). Cf., por todos, Karl Llewellyn, “*The constitution as an institution*”, in *Columbia Law Review*, New York, Columbia Law School, 1934, n. 34, pp.17 e ss.

Do contrário, tratando-se de coletividades de pessoas ou de patrimônios autônomos aos quais o legislador não tenha assegurado a capacidade judiciária, não há razão para a garantia, já que não poderão figurar no processo, seja como partes, seja como terceiros intervenientes; deverão intervir então as *pessoas* diretamente interessadas, às quais naturalmente se estenderão as garantias do devido processo formal — o que explica, aliás, o mecanismo de substituição hipotética que compõe a racionalidade da “projeção”: se àquelas entidades não se reconhecesse a capacidade judiciária, deveriam falar por elas as pessoas naturais ou jurídicas diretamente interessadas, às quais estariam indiscutivelmente asseguradas todas as garantias processuais; e não é concebível que uma ferramenta legal destinada a *desburocratizar o processo e potencializar o acesso judiciário* tenha, como contrapartida, a restrição de garantias processuais. Isso nos leva a um derradeiro desdobramento: *se os tribunais reconhecem capacidade judiciária a entidades despersonalizadas que a lei não laureou*, infletindo a norma de processo, *devem também reconhecer-lhes, como consectário lógico, as garantias do devido processo procedimental*.

IV. Quanto ao Estado e às pessoas jurídicas de direito público, há precedentes explícitos da *U.S. Supreme Court* no sentido da impossibilidade de admiti-los como “pessoas” para os efeitos da “*due process clause*” e também da “*equal protection clause*” (para uma hipótese e outra, v., respectivamente, *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 1966¹³⁹⁵; *Pennsylvania v. New Jersey*, 426 U.S. 660, 1976); e ainda mais numerosos são os precedentes que — sem adentrar à “*vexata quaestio*” da condição jurídico-constitucional de “pessoa” — negam às subdivisões políticas legitimidade para arguir os direitos da *Fourteenth Amendment* contra o próprio Estado a que pertencem. Construiu-se, a propósito, a denominada “*political subdivision standing doctrine*” (“doutrina da legitimidade das subdivisões políticas”), que refuta a possibilidade de haver conflitos constitucionais internos entre os órgãos de uma mesma unidade política, ou entre ela mesma e aqueles órgãos: “[b]eing but creatures of the State, municipal corporations have

¹³⁹⁵ *In verbis* (Syllabus, n. 2, “a”): “A State is not a ‘person’ within the meaning of the Due Process Clause of the Fifth Amendment; nor does it have standing to invoke the Bill of Attainder Clause of Art. 1 or the principle of separation of powers, which exist only to protect private individuals or groups” (g.n.).

no standing to invoke [...] the provisions of the Fourteenth Amendment of the Constitution in opposition to the will of their creator”¹³⁹⁶.

Nessa parte, porém, a jurisprudência da Suprema Corte merecia reparos (que de fato se tem verificado, como diremos adiante). Pode-se bem demonstrá-lo, “*ab initio*”, por um cotejo jurisprudencial entre cortes constitucionais. Em questões semelhantes, apresentou-se ao *Bundesverfassungsgericht* alemão a questão da *legitimidade ativa* das pessoas jurídicas para propor a reclamação constitucional. O artigo 90, 1, da *BverfGG* estabelece que “*qualquer pessoa*” pode propor a reclamação; mas, considerando-se que o seu objeto é precisamente a arguição de violação de direitos fundamentais, pressupunha-se, no procedimento de admissibilidade (“*Annahmeverfahren*”), que a legitimidade processual ativa estaria restrita àquelas “pessoas” capazes de titularizá-los concretamente. O problema, portanto, era semelhante àquele apresentado às cortes federais norte-americanas: pessoas jurídicas — e, em especial, as de direito público — detêm direitos fundamentais? São, nesse sentido, “pessoas” idôneas a evocá-los todos — e, em especial, o devido processo formal — em juízo?

Quanto à titularidade de direitos fundamentais, a jurisprudência do *BVerfG*, por força do próprio texto constitucional, relativizou o princípio da universalidade, reconhecendo haver direitos que não se restringem a nenhuma categoria de pessoas (como, p.ex., a liberdade de expressão do pensamento — artigo 5º, 1, 1ª parte, da *GG*), enquanto outros estão restritos, p.ex., às pessoas com nacionalidade alemã (“*Alle Deutschen [...]*”), como é o caso da liberdade de reunião (artigo 8º, 1, da *GG*), da liberdade de circulação (artigo 11º, 1) ou da liberdade profissional (artigo 14º, 1); essas não podem ser exercidas, v.g., por estrangeiros. Da mesma forma, há direitos fundamentais que podem ser titularizados por pessoas jurídicas, nos termos do artigo 19, 3, da *GG*, e outros que não. Para extremá-los, “[d]ecisivo é que as ações ou comportamentos tutelados pelo direito fundamental também possam ser exercidos pela própria pessoa jurídica, de forma independente do exercício pelas pessoas dos sócios”¹³⁹⁷. Assim se dá, por exemplo, com a liberdade de imprensa

¹³⁹⁶ *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Cf. também Wasserman, *Procedural...*, p.25.

¹³⁹⁷ Schwabe, *Cinqüenta anos...*, p.61 (citando JARASS e PIEROTH).

(artigo 5º, 1, da *GG*); já a inviolabilidade do domicílio, a liberdade ambulatorial, a liberdade de consciência e de crença e o próprio direito à vida são direitos fundamentais de natureza pessoal, restritos às pessoas naturais. As pessoas de direito público submetem-se igualmente a esse padrão. Mas, como instrumentos institucionais do Estado (ou “*creatures of the State*”, na dicção de *Coleman v. Muller*), não podem se rebelar contra os entes de que dimanam sua própria existência e autoridade; o que significa dizer, noutros termos, que “*o Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais*” (*BVerfGE* 15, 256 [262]¹³⁹⁸). Daí se ter assentado, *como regra*, que as pessoas jurídicas não poderiam titularizar direitos fundamentais (logo, não seriam “pessoas” para os efeitos do artigo 90, 1, da *BVerfGG*, nem poderiam reclamar direitos fundamentais perante as cortes).

É o que se decidiu, por exemplo, em *BVerfGE* 21, 362. Tratava-se de reclamação constitucional do Instituto Estadual de Seguro de Westfalia (*Landesversicherungsanstalt Westfalen*), pessoa jurídica de direito público que pertence ao âmbito da Administração Pública indireta e *titular administrativo* do seguro social (*Sozialversicherungsträger*)¹³⁹⁹. Discutia-se, na hipótese, a responsabilidade civil de um seu segurado, que houvera obtido decisão favorável no tribunal federal alemão (*BGH*); e, ante a sucumbência, o instituto de seguro social ajuizou a queixa constitucional, alegando malferimento ao seu “direito fundamental” à propriedade (artigo 14, 2, da *GG*) e também à igualdade (artigo 3, 1, da *GG*). No entanto, o *BVerfG* não admitiu a reclamação, exatamente por compreender não atendidas as condições do artigo 19, 3, da *GG*. *In verbis*:

“Os direitos fundamentais não são por princípio aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público ao realizarem tarefas públicas; nesse caso, não lhes cabe o remédio da Reclamação Constitucional” (g.n.)¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁸ *In verbis*: “*Dem steht nicht entgegen, daß die Universität — und damit auch die Fakultät — als Einrichtung des Landes Hessen Teil des staatlichen Gefüges ist. In der Regel können zwar weder der Staat noch seine Einrichtungen Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte in Anspruch nehmen, insofern sie nicht gleichzeitig Träger und Adressat von Grundrechten sein können*” (g.n.).

¹³⁹⁹ Cumpre, pois, papel similar àquele que o INSS desempenha, por exemplo, no Brasil (v., na origem, o artigo 3º, III, do revogado Decreto n. 99.350/90).

¹⁴⁰⁰ No original: “*Die Grundrechte gelten grundsätzlich nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit die öffentliche Aufgaben wahrnehmen; insoweit steht ihnen der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde nicht zu*”.

Em razões de decidir lia-se que, na qualidade de pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta, sua capacidade de ser titular de direitos fundamentais orientava-se também pelo artigo 19, 3, da *GG*; cabia avaliar se, no caso concreto, o direito fundamental individual afirmado era realmente compatível com a condição jurídica do instituto de seguro social. A partir disso, postulou-se que (i) embora o artigo 19, 3 não discriminasse entre pessoas jurídicas, tampouco ordenava a equiparação pura e simples das pessoas jurídicas de direito público àquelas de direito privado; (ii) o sistema axiológico dos direitos fundamentais baseia-se na dignidade e na liberdade de cada ser humano como pessoa natural, protegendo-o primacialmente contra intervenções do poder estatal; (iii) nesses termos, a inclusão das pessoas jurídicas — sejam públicas ou privadas — na área de proteção dos direitos fundamentais somente se justificaria “*si et quando*” a configuração e a atuação das mesmas fossem expressão do livre desenvolvimento da pessoa natural (o que corrobora, ao modo alemão, a ideia dos direitos fundamentais que se “refletem” no instrumento). Daí, por princípio, as objeções à extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, *desde que* estivessem no cumprimento de tarefas públicas: porque os direitos fundamentais tutelam primacialmente os indivíduos contra o poder público, seria ilógico tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. Não havia, “*in concreto*”, interesses de pessoas imanentes às pretensões do instituto; apenas interesses de Estado. Assim seria, ademais, tanto quando o Estado aparecesse imediatamente como poder estatal (União, Estados-membros ou Municípios¹⁴⁰¹), como quando ele se valesse de uma pessoa jurídica autônoma para o cumprimento de suas tarefas (o que justamente se dá com os entes da Administração Pública indireta: autarquias, fundações de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista¹⁴⁰²).

¹⁴⁰¹ Que, no Brasil, integram com os dois primeiros — e com o Distrito Federal — o sistema federativo (artigo 18, *caput*, da CRFB). Nesse aspecto, portanto, o próprio tratamento constitucional originário reserva-lhes uma dignidade que não existe, p.ex., nos EUA (em que os municípios são meras subdivisões políticas dos Estados-membros).

¹⁴⁰² Entidades que integram o âmbito da Administração Pública indireta no direito brasileiro. V. artigos 37, XIX, e 173 da CRFB, e artigo 5º, II, do DL n. 200/67. As duas primeiras detêm personalidade jurídica de direito público; as duas últimas, de direito privado (conquanto componham os quadros da Administração indireta, na qualidade de “estatais”).

No entanto, a própria regra limitativa embutia a sua exceção: a objeção à titularidade não alcança as pessoas jurídicas de direito público que concretamente *não estejam no exercício de suas funções públicas delegadas*. E, para mais, estabeleceu-se uma segunda exceção: aquela objeção também não as alcançaria quando as pessoas jurídicas de direito público mantivessem *relações institucionais imediatas* com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais que evocassem (de modo que desprotegê-los seria negar a razão de existência das próprias entidades, malferindo cabalmente os direitos fundamentais das pessoas naturais por detrás de suas atividades). Por isso, o *BVerfG* houvera reconhecido, por exemplo, a capacidade de as universidades e faculdades públicas serem titulares da *liberdade artística, científica, de pesquisa e de ensino* (artigo 5º, III, da *GG*), inclusive *independentemente de sua capacidade jurídica* (*BVerfGE* 15, 256 [262]). Da mesma forma, poder-se-ia admitir o reconhecimento de determinadas liberdades às igrejas e a outras sociedades religiosas criadas como órgão de direito público (impraticável no Brasil, mas factível na Alemanha).

Nessa derradeira linha, mas em matéria de *liberdade de radiodifusão* (*Rundfunkentscheidung* — artigo 5º, 1, da *GG*), o *BVerfG* decidiu que à reclamante, entidade pública emissora de rádio e televisão, podia-se reconhecer a titularidade daquela liberdade, por lhe ser diretamente atribuída a área da vida protegida pelos direitos fundamentais que esgrimia (*BVerfGE* 31, 314). Ademais, pontificou-se que, nessa área de atuação, entidades como a reclamante eram *independentes* do Estado, justamente para que não fosse possível a influência dominadora do poder político sobre as linhas editoriais e os conteúdos a divulgar.

Por conseguinte, a partir da jurisprudência alemã podem-se hoje estabelecer *duas situações-paradigmas* em que pessoas jurídicas de direito público são capazes de titularizar direitos fundamentais: **(a)** quando não se apresentem na relação jurídica ou fática concreta como agentes de “*ius imperii*” e nem tampouco no desempenho de suas funções públicas inerentes; **(b)** quando atuem em uma área de proteção específica que implique relação sistemática — dir-se-ia até *de pertinência* — entre o ente público e o campo de socialidade afetado (artes, ciências, radiodifusão, religião, etc.).

O que nos leva ao problema do “*procedural due process*” e de seu exercício nos Estados Democráticos de Direito. Sendo a pessoa jurídica de direito público — inclusive as entidades da Administração Direta (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) — *autora, ré* ou *terceira interveniente* em um dado processo, em que condição se apresenta? Não estamos, é certo, diante da segunda situação-paradigma: não há qualquer “relação sistemática” entre a entidade e o próprio processo, porque essa é uma área de atuação do Estado-juiz, não do Estado-administração¹⁴⁰³ (que geralmente responde, em juízo, pelos atos e omissões de todos os agentes do Estado, porque os seus órgãos são os únicos personalizados¹⁴⁰⁴). Mas estamos seguramente diante da primeira situação-paradigma: figurando no processo, a despeito de eventuais privilégios legais (no Brasil, *e.g.*, o que está no artigo 188 do CPC¹⁴⁰⁵), o Estado ou suas pessoas jurídicas não comparecem como detentores de “*ius imperii*”, nem tampouco como pólo gerador, gestor ou difusor de funções públicas. Comparecem como *partes* ou *terceiros intervenientes* (assistentes, opoentes, denunciados à lide, etc.), mas sempre sujeito ao poder do Estado-juiz, que a respeito de suas pretensões — processuais e materiais — decidirá sempre “*ex autoritate*”. Não há, em juízo, função pública ou potestade exercitável pela Administração Pública, até como decorrência do princípio da paridade de armas; por isso é que, na arquitetura das salas judiciais, seus representantes ocupam cadeiras no mesmo nível reservado às partes privadas com as quais litigam (e abaixo do nível reservado à toga).

¹⁴⁰³ Em sede de direitos e garantias processuais, talvez se pudesse imaginar a primeira situação-paradigma se um *tribunal* fosse admitido ao processo, com personalidade judiciária, o que não tem precedentes no Brasil. Mas, ainda nesse caso, o recurso àquela situação-paradigma tornar-se-ia despiciendo, porque — segundo cremos — a própria admissão extralegal da sua personalidade judiciária já lhe franquearia todas as garantias do devido processo formal (*supra*, n. III).

¹⁴⁰⁴ Excepcionalmente, admitem-se que órgãos públicos não personalizados e estranhos à Administração atuem em juízo, reconhecendo-lhes mera *personalidade judiciária*, ainda que não prevista em lei (como no Brasil se dá, por exemplo, com as assembleias legislativas e as câmaras municipais; cf., por todos, STJ, AgRg no Ag n. 590.873, AP n. 2004/0031938-4, 5ª T., rel. Min. GILSON DIPP, j. 27.09.2004: “*I. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que as assembleias legislativas possuem personalidade judiciária, e não jurídica, o que as permite estar em juízo tão somente na defesa de seus interesses institucionais. [...]*”). Nesse caso, é imperioso reconhecer-lhes, no processo, todas as devidas garantias do “*procedural due process*”, como postulamos há pouco.

¹⁴⁰⁵ “*Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público*”.

Daí compreendermos que o “*procedural due process*” é ***funcionalmente compatível*** com a condição jurídica do Estado-administração¹⁴⁰⁶ (entendido em toda a sua extensão: pessoas políticas e entes da Administração Pública indireta), uma vez que, no processo judicial, encontrar-se-á concreta, natural e invariavelmente em ***estado de sujeição*** perante o Estado-juiz (v., *supra*, nota n. 961). O que nos permite assertar — divergindo da jurisprudência da *U.S. Supreme Court* — que ***o Estado e suas pessoas jurídicas, como partes ou terceiros intervenientes em processos judiciais, são “pessoas” para fins de fruição das garantias básicas do devido processo formal, desde que compatíveis com a sua natureza*** (o que exclui, p.ex., garantias do devido processo penal como o “direito à autodefesa” — i.e., à defesa pessoal e não técnica¹⁴⁰⁷).

Essa necessidade conjuntural de proteção das pessoas jurídicas de direito público em estado de sujeição tem sido, ademais, paulatinamente assimilada pelas cortes federais norte-americanas (sobretudo as distritais), a despeito de *South Carolina v. Katzenbach* e que tais. Com efeito, WASSERMAN¹⁴⁰⁸ apontava, em 2004, *quatro ensejos* em que municípios e outras subdivisões políticas têm sido admitidos como “pessoas”, para os efeitos da “*due process clause*” (dimensões substantiva e/ou procedimental), sobretudo perante as cortes federais inferiores (primeiro e segundo graus):

- quando reclamam tais garantias em face de entidades públicas às quais não pertençam e com as quais não se liguem institucionalmente (assim, *e.g.*, se o município de um Estado-membro litiga contra outro Estado-membro ou contra a União), porque em tais casos não estão presentes as razões da “*doctrine*”;

- quando questionam em juízo a constitucionalidade de leis estaduais — mesmo em face do Estado-membro ao qual pertencem — com fundamento na “*supremacy clause*” (i.e., a superioridade hierárquica, no âmbito da federação, da Constituição norte-americana,

¹⁴⁰⁶ Ou, mais episodicamente, o próprio *Estado-legislador* (*e.g.*, as assembleias e câmaras legislativas, quando admitidas a litigar com capacidade judiciária). *Supra*, nota n. 1403.

¹⁴⁰⁷ Já outros, como p.ex., a presunção de inocência, podem ser cogitados, sobretudo nos sistemas judiciários que admitem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de direito público (como se dá no Brasil, a nosso entender, em sede de crimes ambientais: artigo 3º, *caput*, da Lei 9.605/98). Cf. a respeito G. G. Feliciano, *Teoria...*, Cap. III, tópico 1.3.2.

¹⁴⁰⁸ Wasserman, *Procedural...*, pp.25-27.

das leis federais aprovadas sob seus termos e dos tratados internacionais celebrados pelos EUA: eis, nos dias de hoje, a suprema “*lex terrae*” em território estadunidense, razão pela qual ainda se reconhece na “*due process clause*” a morada constitucional do “*judicial review*”¹⁴⁰⁹).

- quando reclamam — mesmo em face do Estado-membro ao qual pertencem — o respeito a garantias exclusivamente processuais (*ex* Emenda n. XIV), sem pretenderem impor-lhe restrições substanciais (o que converge para nossa tese, *supra*; no entanto, WASSERMAN adverte ter identificado essa “tendência” apenas no Estado do Colorado);

- quando reclamam a garantia da “*equal protection*” (*ex* Emenda n. XIV)¹⁴¹⁰.

Fiel àquela compreensão de que as diretrizes aqui debatidas, porque racionais e justas, aspiram à universalização (tópico 1.2, III), julgamos que esse rol de “exceções” deva ainda se expandir, qualitativa e quantitativamente (mesmo à míngua de qualquer dignidade federativa para as subdivisões), até contaminar a Suprema Corte. Afinal, se o exercício de direitos fundamentais por pessoas jurídicas de direito público é excepcional (*BVerfGE* 21, 362), assegurar-lhes ao menos este — o *devido processo formal* — deve ser, segundo pensamos, a mais ordinária regra.

16.3. INTERESSES PROTEGIDOS

I. A segunda grande questão em sede de “*procedural due process*” diz com os interesses protegidos e a sua relevância constitucional¹⁴¹¹. O que está na base dessa questão

¹⁴⁰⁹ *Ex* artigo 6º, 2, da *U.S. Constitution*: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof, and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*” (g.n.). Logo, proteger o cidadão contra deprivações contrárias à “*law of the land*” — como era desde o princípio — é protegê-lo das deprivações que afrontam a Constituição, as leis federais e os tratados internacionais.

¹⁴¹⁰ *V. Washington v. Seattle School District n. 1* (458 U.S. 457, 1982). No entanto, embora seja uma (única) decisão da própria *U.S. Supreme Court*, WASSERMAN a evoca com cuidados, já que contraria cabalmente a “*political subdivisions doctrine*” que a Suprema Corte vinha seguindo até então (*Procedural...*, p.27); e, em especial, o *case Pennsylvania v. New Jersey* (1976).

é: toda impugnação processo-procedimental, por mais insignificante que seja, tem dignidade constitucional e pode ser objeto de recursos ou reclamações constitucionais? A contagem incorreta de prazos, por exemplo, pode levar o litígio à corte constitucional, tendo em vista que a fixação por lei dos prazos processuais integra a ideia de “devido processo formal”? Se o admitíssemos, os tribunais constitucionais implodiriam, pelo volume torrencial da demanda gerada. Há que existir filtros.

A jurisprudência coligida no tópico 15.4 revelou o mecanismo de contenção utilizado em iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro para impedir a devolução do conhecimento, àquela corte constitucional, de todo e qualquer caso em que se alegue erro ou abuso de procedimento: distingue-se entre as *violações diretas* aos artigos 5º, LIV e LV, da CRFB e aquelas que se dão *indiretamente* (i.e., violações à própria lei federal, que só poderiam ser arguidas até um nível abaixo, no Superior Tribunal de Justiça)¹⁴¹². Com isso, na prática, raros são os julgamentos no STF em que se debate apenas o “*procedural due process*”; quando o debatem, geralmente o fazem pela *afetação concreta* — e não abstrata — de outros direitos fundamentais (como, p.ex., no caso das provas obtidas com disposição física compulsória da pessoa humana, a exemplo das amostras biológicas para exames de DNA). Na perspectiva da *U.S. Supreme Court*, porém, a seleção dos casos cognoscíveis por ofensa à cláusula constitucional do “*due process of law*”, tanto na dimensão material como na dimensão procedimental, faz-se por outra via (mais restritiva, à primeira vista; mas, de certo modo, mais flexível que a própria ideia das “*violações (in)diretas*”, se se tomar essa última com o máximo rigor: afinal, no Brasil, *todos os procedimentos judiciais relevantes estão em leis federais*¹⁴¹³).

A *U.S. Supreme Court* parte da gramática do texto constitucional para estabelecer, pelos fins de proteção da respectiva norma, o seu filtro imediato. Uma vez que as Emendas

¹⁴¹¹ Wasserman, *Procedural...*, pp.31 e ss.

¹⁴¹² Cf., e.g., AgRg no Ag n. 347.132/RJ, 2ª T., rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 04.03.2002 (em matéria de coisa julgada); v. também, *supra*, a nota n. 1325.

¹⁴¹³ A CRFB permite, em seu artigo 24, XI, que os Estados-membros e o Distrito Federal também legislem sobre *procedimentos* (não sobre *direito processual*, que é da competência privativa da União: artigo 22, I). Mas, pelo seu próprio alcance, são menos importantes que os procedimentos federais; e, ademais, tampouco o seu malferimento atrairia, pela via do artigo 5º, LIV, a competência das cortes federais (nem mesmo a do STJ; e, “*a fortiori*”, tampouco a do STF). A higidez das garantias processuais constitucionais terminaria discutida no Supremo apenas em sede de controle concentrado (ADI, ADC e ADPF).

ns. V e XIV destinam o devido processo à proteção da *vida*, da *liberdade* e da *propriedade* (“[...] *nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law* [...]”), optou-se por uma *interpretação literal-teleológica* dos preceitos, consolidando-se o entendimento de que apenas as questões de “*procedural due process*” verificadas em litígios nos quais *se perseguem esses direitos fundamentais* — vida, liberdade, propriedade — poderiam ser admitidos pela corte e examinados sob o prisma daquelas emendas. É curioso perceber, a propósito, que também a Constituição brasileira destina o devido processo legal à garantia de direitos materiais específicos (nomeadamente a *liberdade* e os “*bens*”, nos termos do artigo 5º, LIV); mas o STF sempre optou, no particular, por um filtro formal (violação direta ou indireta à CRFB) e não por um filtro material-teleológico (selecionando “*prima facie*” quais litígios versam ou não sobre direitos de liberdade e de propriedade). Caminhos diversos, resultados distintos.

É claro que tampouco o entendimento da *U.S. Supreme Court* é indene de críticas. HART ELY observou, atento sobretudo à “revolução”¹⁴¹⁴ operada com o caso *Board of Regents of State Colleges v. Roth* (408 U.S. 564, 1972), que o critério da Corte seria tautológico (“*to task for adopting a circular definition*”): dizer que estão em causa “*property interests*” é antecipar, ao menos em nível de prelibação, que há direitos de propriedade em causa; logo, o tribunal teria de primeiramente decidir que há direitos de propriedade, com algum nível de convencimento (pré-entendimento, verossimilhança, aparência, etc.), antes de admitir discutir a regularidade do processo/procedimento instaurado para exatamente aferir se o autor teria aqueles direitos¹⁴¹⁵ ...

¹⁴¹⁴ A expressão “*revolution*” é utilizada por WASSEMER (*Procedural...*, p.37: “*Long before the due process revolution of the early 1970s[...]*”). Logo adiante examina-se brevemente *Board of Regents v. Roth*.

¹⁴¹⁵ *In verbis*: “*Over the past few years, however, the Court has changed all that, holding that henceforth, before it can be determined that you are entitled to ‘due process’ at all, and thus necessarily before it can be decided what process is ‘due’, you must show that what you have been deprived of amounts to a ‘liberty interest’ or perhaps a ‘property interest’.* ***What has ensued has been a disaster***, in both practical and theoretical terms. Not only has the number of occasions on which one is entitled to any procedural protection at all been steadily constricted, but the Court has made itself look quite silly in the process — drawing distinctions it is flattering to call attenuated and engaging in ***ill-disguised premature judgments on the merits of the case*** before it. (It turns out, you see, that ***whether it’s a property interest is a function of whether you’re entitled to it, which means the Court has to decide whether you are entitled to it before it can decide whether you get a hearing on the question whether you’re entitled to it***” (John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p.19 — g.n.).

Com efeito, em *Board of Regents v. Roth*, a U.S. Supreme Court reformulou a sua jurisprudência anterior a respeito do cabimento de “*procedural due process cases*”, pontificando que as garantias formais supostamente violadas — no caso, a ausência de contraditório prévio antes do desligamento em uma função pública (as “*Board’s employment rules*” admitiam que o reitor deixasse de renovar o contrato de professores universitários sem motivar a decisão ou ouvir previamente o docente e não possibilitavam qualquer recurso, reservado apenas aos professores *demitidos* antes do termo contratual, não aos desligados por não renovação) — só poderiam ser apreciadas se estivessem em causa, na lide sociológica, os interesses materiais constitucionalmente protegidos (vida, liberdade ou propriedade), a se identificarem *por classes* (i.e., direitos ligados a “*life interests*”, a “*liberty interests*” ou a “*property interests*”). O caso *Roth* não foi admitido, por cinco votos a três. A partir de então, a deliberação de mérito da Suprema Corte em um “*procedural due process case*” passava a exigir uma **investigação de duas fases** (“*two-part tests*”): a uma, se o autor foi — em tese — privado de interesses abrangidos por uma das três classes constitucionais protegidas (vida, liberdade, propriedade); e a duas, caso superada com sucesso a primeira fase (= admissibilidade), se os procedimentos concretamente verificados estavam de acordo com o devido processo formal (cf. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 1976¹⁴¹⁶). Antes do caso *Roth*, a Suprema Corte valia-se de um *conceito unitário* de “vida, liberdade ou propriedade”, que não exigia estritas classificações categoriais e, na prática, significa admitir “*procedural due process cases*” sempre que os interesses materiais em discussão no processo/procedimento parecessem importantes o bastante para atrair a proteção constitucional (*Joint Anti-Facist Refugee Committee C. McGrath*, 341 U.S. 123, 1951; *Bell v. Burson*, 402 U.S. 535, 1971). Mas, com a inflexão da jurisprudência em *Roth*, a Corte pretendeu sinalizar que não era o seu peso ou a sua importância, mas a *natureza* do interesse material em litígio que determinaria o acesso à jurisdição constitucional em matéria processual. E sinalizar, mais, que “*o leque de*

¹⁴¹⁶ In verbis (Syllabus, n. 2, “a”): “(a) “[D]ue process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands,” *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 481. Resolution of the issue here involving the constitutional sufficiency of administrative procedures prior to the initial termination of benefits and pending review, requires consideration of three factors: (1) the private interest that will be affected by the official action; (2) the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and probable value, if any, of additional procedural safeguards; and (3) the Government’s interest, including the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedures would entail”.

interesses protegidos pelo devido processo legal procedimental não é infinito” (“*the range of interests protected by procedural due process is not infinite*”).

O que seriam, a propósito, os tais “*interests*”? A nosso juízo, correspondem às **pretensões materiais** referidas, por exemplo, no artigo 189 do NCC (são essas pretensões, e não o direito abstrato de ação, que efetivamente *prescrevem*). Deduzidas em juízo, podem ser acolhidas — declarando-se ou constituindo-se uma posição jurídica subjetiva — ou rejeitadas, desde que se ingresse ao “*meritum causae*” e as pretensões já não estejam fulminadas pelo decurso do tempo. Assim compreenderemos, doravante, os “*interests*” da jurisprudência norte-americana.

II. Assim posto, a *U.S. Supreme Court* passou a indagar, então, o que se deveria entender por “propriedade”, notadamente à vista dos bens jurídicos imateriais (“*non-tangible interests*”) como a honra, a imagem ou o emprego. Mais além, poderíamos mesmo indagar sobre as demandas da pós-modernidade (interesses difusos, direitos biogenéticos, etc.). Discutiu-se, na mesma alheta, qual seria a abrangência hermenêutica das expressões “vida” e “liberdade”; e quais condutas de atores estatais — uma vez que a garantia opõe-se primacialmente ao Estado (eficácia vertical) — poderiam ser “justiciáveis”¹⁴¹⁷ por essa via (assim, *e.g.*, se os prejuízos causados pela omissão ou pela negligência de servidores públicos configurariam “*deprivacy*” para efeitos constitucionais).

Essas questões parecerão talvez ingênuas na perspectiva de um jurista de formação romano-germânica, propenso a responder de chofre — e positivamente — a todas aquelas indagações. No que, aliás, teria provável razão. Isso certamente se deve à força normativa e à capacidade de aprendizagem de normas-princípios constitucionais como a do artigo 5º, XXXV, da CRFB¹⁴¹⁸ ou a do artigo 20º, 1, da CRP¹⁴¹⁹ (= inafastabilidade do Poder

¹⁴¹⁷ Valemo-nos, aqui e doravante, de outro necessário neologismo, obtido a partir da tradução, para o português, do castelhano “*justiciable*” (também lá, aliás, um neologismo).

¹⁴¹⁸ *In verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁴¹⁹ *In verbis*: “I. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Em Portugal, porém, há ao menos um marco modulatório, dado pelo exposto poder de conformação atribuído ao legislador ordinário (uma vez que o processo servirá, afinal, a direitos e interesses “legalmente protegidos”).

Judiciário) — comuns às constituições analíticas, tão ao gosto dos sistemas romano-germânicos —, que potencializam o acesso à justiça e praticamente eliminam a hipótese de litígios não justiciáveis (i.e., não sindicáveis em juízo). Mas, como visto com HIRSCHL e toda a sua crítica à judicialização da megapolítica (*supra*, tópico 13.3), esse alcance descomunal não é tão pacífico, encontrando forte resistência em círculos jurídicos e políticos. Daí ser necessário pensar o problema a partir de uma ótica mais universal (inclusive em favor da proposta de construção de um modelo racional de decisão que “aspire à universalidade” — v. *supra*, tópico 1.2, III —, servindo mesmo aos países cujas constituições — como é com a própria norte-americana — não positivaram o princípio da inafastabilidade judiciária). Ademais, não são poucas ou irrelevantes as questões em torno do que pode ou não ser justiciável nos sistemas de raiz romano-germânica: assim, *e.g.*, pode o cidadão ou o *Parquet* pedir o reconhecimento judicial da condição de “torturador” do réu, em modo de mera declaração, se a pretensão penal restou fulminada por lei de anistia e a pretensão civil está prescrita¹⁴²⁰? Pode o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário que “decida” sobre a possibilidade jurídica da união homoafetiva no país, diante da omissão do legislador¹⁴²¹? Pode o cidadão pedir indenização ao Estado porque sofreu lesões em contextos nos quais a Administração deveria estar presente, com aparatos de custódia, serviços públicos ou fiscalização¹⁴²²? Essas indagações — que derivam daquelas — já

¹⁴²⁰ Na Justiça estadual de São Paulo, em 09.10.2008, o juiz GUSTAVO SANTINI TEODORO (23ª Vara Cível) publicitou a procedência de ação declaratória ajuizada em face de CARLOS ALBERTO BRILHANTE ULSTRA (coronel aposentado do Exército brasileiro e agente do aparelho repressor durante os governos militares pós-64), declarando a “relação jurídica de responsabilidade civil” pelas torturas aplicadas aos autores, mas sem condenação pecuniária. Já na esfera federal, em caso idêntico (em face do mesmo réu e de outro), o juiz CLÉCIO BRASCHI (8ª Vara Federal Cível de São Paulo) entendeu pela impossibilidade jurídica: “*Não pode o Ministério Público ajuizar demanda cível para declarar que alguém cometeu um crime*”.

¹⁴²¹ Em 18.01.2005, o Ministério Público Federal em São Paulo ingressou com ação civil pública pedindo “*seja concedida medida liminar obrigando os Estados Federados, o Distrito Federal e a União Federal a celebrarem o casamento civil de pessoas do mesmo sexo*” (subseção judiciária de Guaratinguetá). A liminar foi negada em 26.01.2005, pelo juiz PAULO ALBERTO JORGE, ao argumento de que “[u]ma decisão liminar determinando a celebração formal de casamento entre pessoas do mesmo sexo, sobre não ser conveniente, por implicar em alteração da ordem social e atentar à segurança jurídica, pode, até, acarretar efeito contrário ao pretendido, na eventualidade de não ser confirmada pelas instâncias superiores, quando o caminho possivelmente aberto venha a ser fechado com ainda maior resistência jurídica e social”.

¹⁴²² Cf., *e.g.*, STF, REX n. 215.981/RJ, 2ª T., rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 07.04.2002 (reconhecendo a responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro pela morte de preso no interior do estabelecimento prisional, dada a “[o]missão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio”); no mesmo sentido, quanto a danos sofridos por alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino (com a “omissão” dos funcionários da Secretaria da Educação), v. STF, REX n. 109.615/RJ, 1ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 28.05.1996. Em sentido contrário, porém, o STJ vinha decidindo não serem justificáveis, pela via da responsabilidade civil objetiva, os danos sofridos por

trariam perplexidade mesmo em sistemas de jurisdição mais abrangente, seja quanto ao mérito, seja quanto à própria admissibilidade da ação. E perplexidade redobrada, se considerados os dois níveis de investigação que se apresentam: **1.** são interesses justiciáveis? **2.** são interesses *constitucionalmente* justiciáveis? A derradeira questão é a que importaria, na perspectiva da *U.S. Supreme Court*, para se acionarem ou não as garantias constitucionais do “*procedural due process*”.

Por tais razões, a delimitação dos “interesses” que podem ser reclamados em juízo — sob a proteção do “*procedural due process*” — requer, sim, alguma reflexão, ainda que em linhas gerais, e tanto dentro como fora dos lindes da tradição jurídica anglo-saxônica. Passemos a ela.

III. Sobre os “*life interests*”, WASSERMAN¹⁴²³ obtempera que a *U.S. Supreme Court* jamais definiu o que entende por “vida”¹⁴²⁴. A discussão, porém, é atual. Nos EUA,

alegada “omissão” do Estado, mas apenas por *ação*, conforme a literalidade do artigo 37, §6º, da CRFB (v., por todos, STJ, REsp n. 148.641/DF, 1ª T., rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, j. 21.06.2001). Quanto à justiciabilidade da pretensão de indenização, em face da União, pelos danos sofridos por crianças e adolescentes nas relações de trabalho (inclusas as piores formas de trabalho infantil, como a prostituição), à mercê das responsabilidades do Estado e da sociedade civil quanto à proteção de sua integridade (artigo 227 da CRFB), cf., de nossa lavra, “*Violência sexual contra a criança e o adolescente no marco da precarização das relações de trabalho*”, in *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo, LTr, 2010, v. 3, pp.72-107.

¹⁴²³ Wasserman, *Procedural...*, pp.32-33.

¹⁴²⁴ No Brasil, com o ajuizamento da ADI n. 3510/DF (v., *supra*, nota n. 1119 e 1177), o STF foi chamado a se pronunciar sobre o que é a vida humana, em sede de jurisdição constitucional, por conta da impugnação a preceitos da Lei n. 11.105/2005 — Lei de Biossegurança — que autorizavam a pesquisa científica com células-tronco embrionárias; e, diversamente da Suprema Corte norte-americana, deliberou com profundidade: julgou a ação improcedente, em 29.05.2008, reconhecendo que **(a)** só há vida humana com ***a implantação do embrião no útero humano***, i.e., com a participação biológica ativa da futura mãe, sendo o zigoto (i.e., o embrião no seu estágio inicial, como célula-ovo) uma realidade distinta da pessoa natural, por ainda não ter sequer estruturas cerebrais formadas; e **(b)** não havia, por conseguinte, malferimento ao direito à vida ou à dignidade da pessoa humana na pesquisa com células-tronco, da maneira como regulada na citada lei federal. O voto, da relatoria do Min. AYRES B RITTO, foi acompanhado por outros cinco ministros, incluindo a Min. ELLEN GRACIE, que acrescentou: “*Nem lhe pode opor [aos preceitos da Lei n. 11.105/2005] a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa. [...] Por outro lado, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte*”. A dissensão mais radical (três ministros, um dos quais reconhecidamente ligado à Igreja Católica) ia justamente no sentido de admitir a pesquisa, mas proibir o descarte dos embriões humanos viáveis; outros dois a autorizavam, mas sob condicionamentos mais austeros. Nesse sentido, aliás, a própria *U.S. Supreme Court* já sugeriu — sem nada definir, insistia-se — quando em seu entendimento *não começa* a vida humana em acepção jurídica; e o fez de modo bem menos criterioso que o Excelso Pretório brasileiro. Em *Planned Parenthood of Southeastern*

a pena capital é por excelência a hipótese-paradigma em que o Estado reivindica o direito de tomar a vida da pessoa humana (o que não ocorre na maior parte dos países da América — inclusive por força do artigo 4º, ns. 2 a 6, do PSJCR — e é absolutamente residual no Brasil, *ex* artigo 5º, XLVII, “a”, da CRFB). Assim, é sobretudo nessa situação que a Suprema Corte tem reconhecido “*life interests*”, exigindo rigor e segurança na observância das garantias processuais dos processos tendentes à aplicação da pena de morte (v., *e.g.*, *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 1977; *Simmons v. South Carolina*, 512 U.S. 154, 1994). Quase toda a sua jurisprudência sobre a penal capital, aliás, foi desenvolvida com fundamento na Emenda n. VIII (que bane as penas cruéis ou incomuns) e na “*due process clause*”. Mas, uma vez prolatada, transitada e perfeita a sentença criminal condenatória à pena de morte, a Corte entende que os “*life interests*” passam a estar severamente limitados (para efeito de arguição do “*procedural due process*” em sede constitucional); remanescem apenas residualmente (assim, *e.g.*, o interesse de não ser sumariamente executado pelos agentes penitenciários, mas no tempo e no modo definidos por lei) e já não asseguram constitucionalmente — nos trâmites procedimentais de um pedido de clemência, por exemplo — a mesma rede de proteção que cercava o processo penal original (v., *e.g.*, *Ohio Adult Parole Authority et al. v. Woodard*, 523 US 272, 1998¹⁴²⁵).

Por outro lado, a Suprema Corte americana não reconheceu “*life interests*”, para os fins da “*due process clause*”, em litígios relacionados ao **aborto** (*supra*, nota n. 1424); e, para mais, rotulou de “constitucionalmente suspeitas” as leis estaduais permissivas de

Pennsylvania et al. v. Casey et al. (505 U.S. 833, 1992), como também em *Roe v. Wade* (cit.), **rejeitou** a tese de que “*a fetus is a person who may not be deprived of life without due process of law*” (Wasserman, *Procedure...*, p.32); logo, não atribuiu sequer ao feto — nem ao embrião, e nem mesmo ao feto — a condição de “pessoa” para os efeitos da “*due process clause*”. Mais recentemente, de novo no Brasil, o tema da vida intrauterina voltou à baila no julgamento acerca da responsabilidade criminal pelo abortamento de fetos anencefálicos (STF, ADPF n. 54-8, TP, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, in DJe 24.04.2012). Decidiu-se, na linha do voto do relator, que “[a]borto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal”.

¹⁴²⁵ *In verbis* (p.274): “Although ***due process demands are reduced once society has validly convicted an individual of a crime and therefore established its right to punish***, *Ford v. Wainwright*, 477 US 399 , 429 (O’CONNOR, J., concurring in result in part and dissenting in part), the Court of Appeals correctly concluded that ***some minimal procedural safeguards apply to clemency proceedings***” (g.n.). Neste caso, o Justice O’CONNOR registrou, seguido pelos justices SOUTER, GINSBURG e BREYER, que a violação a “*life interests*” só teria relevância constitucional, nesse caso, em hipóteses teratológicas, como se ao preso fosse arbitrariamente negado qualquer acesso ao processo de clemência, ou se um agente do Estado decidisse sobre a clemência em um puro jogo de sorte, jogando ao ar uma moeda (“*flipping a coin*”).

aborto apenas quando há risco de vida para a mãe (*Roe v. Wade* — *supra*, tópico 10.1.5.3, n. IV). Já quanto ao “**direito de morrer**” (“*right to die*”), usualmente evocado em favor de pacientes terminais, caminhou no sentido contrário, pontuando que “*the Due Process Clause protects an interest in life as well as an interest in refusing life-sustaining medical treatment*”, porque um “*unqualified interest in the preservation of human life* [por parte do Estado] *to be weighed against the constitutionally protected interests of the individual*” (*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 1990). Logo, o direito à interrupção da vida vegetativa ou semivegetativa seria igualmente um “*life interest*” na perspectiva do devido processo (tanto substancial quanto formalmente).

IV. Em matéria de “*property interests*”, a Suprema Corte havia assentado, na primeira metade da década de setenta do século XX, que a sua criação e a sua configuração não se davam em nível constitucional, mas em nível legal, notadamente no âmbito dos Estados (“*state law*”)¹⁴²⁶, que na federação estadunidense têm autonomia para legislar sobre Direito Civil e Direito Penal, entre outros. Não obstante, a tradição já havia atraído para a esfera de proteção da “*due process clause*”, independentemente de leis estaduais, certas formas de propriedade privada, como o dinheiro e os bens corpóreos (móveis e imóveis). Além disso, definiu-se que, para o acesso à jurisdição constitucional via “*due process clause*”, não bastaria que o processo/procedimento *versasse* sobre uma questão patrimonial. Exigiu-se mais: o interesse teria de derivar, aos olhos da Corte, de um efetivo título (“*entitlement*”), i.e., de uma base robusta; jamais de uma mera expectativa — o que decerto reforça a oportuna crítica de HART ELY quanto à intempestividade das prelibações constitucionais (antecipando-se uma decisão meritória como condição de admissibilidade para certa impugnação formal num processo que *somente ao final* deveria decidir sobre aquele “*meritum*”). Na dicção literal de *Board of Regents v. Roth*,

¹⁴²⁶ Cf. *Board of Regents v. Roth* (cit.), in verbis: “**Property interests, of course, are not created by the Constitution. Rather, they are created and their dimensions are defined by existing rules or understandings that stem from an independent source such as state law** — rules or understandings that secure certain benefits and that support claims of entitlement to those benefits. Thus, the welfare recipients in *Goldberg v. Kelly*, *supra*, had a claim of entitlement to welfare payments that was grounded in the statute defining eligibility for them. The recipients had not yet shown that they were, in fact, within the statutory terms of eligibility. But we held that they had a right to a hearing at which they might attempt to do so. [408 U.S. 564, 578]” (g.n.).

“[c]ertain attributes of “property” interests protected by procedural due process emerge from these decisions. To have a property interest in a benefit, a person clearly must have more than an abstract need or desire for it. He must have more than a unilateral expectation of it. He must, instead, have a legitimate claim of entitlement to it. It is a purpose of the ancient institution of property to protect those claims upon which people rely in their daily lives, reliance that must not be arbitrarily undermined. It is a purpose of the constitutional right to a hearing to provide an opportunity for a person to vindicate those claims.

[...]

“Just as the welfare recipients’ “property” interest in welfare payments was created and defined by statutory terms, so the respondent’s “property” interest in employment at Wisconsin State University-Oshkosh was created and defined by the terms of his appointment. Those terms secured his interest in employment up to June 30, 1969. But the important fact in this case is that they specifically provided that the respondent’s employment was to terminate on June 30. They did not provide for contract renewal absent “sufficient cause.” Indeed, they made no provision for renewal whatsoever.

‘Thus, the terms of the respondent’s appointment secured absolutely no interest in re-employment for the next year. They supported absolutely no possible claim of entitlement to re-employment. Nor, significantly, was there any state statute or University rule or policy that secured his interest in re-employment or that created any legitimate claim to it. 16 In these circumstances, **the respondent surely had an abstract concern in being rehired, but he did not have a property interest sufficient to require the University authorities to give him a hearing when they declined to renew his contract of employment”** (g.n.).

Assertavam-se, pois, dois postulados: (i) havia que se definir, para o juízo de admissibilidade à jurisdição constitucional, se havia um interesse lastreado por um título ou uma base legal sólida, ou se era simplesmente expectado (e, para esse fim, passou-se a escrutinar cuidadosamente a linguagem dos textos legais para se aferir o “nível de certeza” da pretensão); (ii) um emprego público, se atribuído e regulado com fundamento em lei estadual — e desde que a respeito não se verificasse termo ou condição resolutiva (como no caso *Roth*) — podia configurar um interesse patrimonial com título ou base bastante (logo,

um “*property interest*” para os fins da “*due process clause*”). Nesse último sentido, v. também *LaChance v. Erickson* (522 U.S. 262, 1998).

Mas não foi apenas nessa matéria — *emprego público* — que a *U.S. Supreme Court* distendeu o conceito tradicional de propriedade ou patrimônio. Na verdade, já em 1889 (*Dent v. West Virginia*, 129 U.S. 114) a Corte havia reconhecido as *licenças profissionais* como “*property interests*” sob a proteção do devido processo legal. Esse entendimento recuou nos anos cinquenta do século passado, em especial durante o “*Red Scare*”, passando-se a entender que os Estados-membros seriam soberanos na fixação dos termos e condições de admissão aos quadros corporativos de profissões regulamentadas (*Barsky v. Board of Regents*, 347 U.S. 442, 1954). Já no final da década, porém, decidiu-se — embora sem antes definir, como se esperava, se as licenças profissionais seriam um “direito” ou um “privilégio” — que “*uma pessoa não pode ser impedida de praticar exceto por razões válidas. Certamente a prática do Direito não é uma matéria relacionada à graça do Estado*” (*Schwartz v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232, 1957). Daí até nossos dias, resgatou-se a jurisprudência dos oitocentos e se estendeu a proteção do devido processo às mais diversas profissões sujeitas à fiscalização do Estado: médicos (*Withrow v. Larkin*, 421 U.S. 35, 1975), motoristas (*Bell v. Burson*, 402 U.S. 535, 1971 — em relação à habilitação para a direção automotiva, quando está em causa a subsistência do interessado) e até mesmo treinadores de cavalos de corrida (*Barry v. Barchi*, 443 U.S. 55, 1979). A essa classe de pretensões materiais “patrimoniais” RHONDA WASSERMAN¹⁴²⁷ denominou de “*old property*”, porque vinha de ser reconhecida sob a guarida da “*due process clause*” desde o século XIX, com um pequeno recesso na metade do século seguinte.

À “*old property*” a autora contrapôs, ademais, a “*new property*”, consistente em *benefícios sociais* de toda ordem (assistenciais, previdenciários, acidentários, etc.), quando prestados ou devidos pelo Estado à pessoa. Trata-se de uma “nova” pretensão material patrimonial porque, até os anos sessenta, a *U.S. Supreme Court* entendia que tais benefícios eram meros privilégios (“*privileges*”); ou, então, espécies de “*annacrued property rights*” (“direitos patrimoniais não computáveis”). Isso mudou a partir de *Goldberg v. Kelly* (397

¹⁴²⁷ Wasserman, *Procedural...*, p.37.

U.S. 254, 1970), quando se decidiu que os benefícios assistenciais (“*welfare benefits*”) configuravam “*property interests*” para os fins da “*due process clause*”; logo, podiam-se discutir na jurisdição constitucional eventuais vícios de processo/procedimento que pudessem retardar ou comprometer a sua concessão ou mesmo impedir a sua manutenção (como era o caso, por ausência de notificação e de audiência ou contraditório antes do cancelamento do benefício). Nos anos seguintes, essa nova caracterização foi ainda expandida para os mais diversos benefícios sociais concedidos pelos governos: medicamentos gratuitos, benefícios por morte ou incapacidade de veteranos de guerra, vales-refeição (“*food stamps*”), etc. Por fim, no ano de 1996, as “*Welfare Amendments*” estabeleceram que os Estados-membros deveriam adotar, em suas leis sociais, “*objective criteria*” para a eleição dos beneficiários e a respectiva concessão dos benefícios. Com isso, debelou-se quaisquer dúvidas quanto ao “*entitlement*” assecuratório de acesso à jurisdição constitucional no caso de tais direitos sociais¹⁴²⁸.

V. Sobre os “*liberty interests*”, decidiu-se em *Bolling v. Sharpe* (347 U.S. 497, 1954) — e, bem antes disso, em *Allgeyer v. Louisiana* (165 U.S. 578, 1897) — que a tutela constitucional da *liberdade*, pelos teores da Quinta e da Décima Quarta Emendas, não dizia respeito apenas a restrições de natureza corporal ou a sanções penais; ao contrário, alcançava um amplo universo de sentido, como a própria liberdade de estudar em um sistema de ensino não segregatório. Isso porque

“[s]egregation in public education is not reasonably related to any proper governmental objective, and thus it imposes on Negro children of the District of Columbia a burden that constitutes an arbitrary deprivation of their liberty in violation of the Due Process Clause” (*g.n.*).

Também em *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923) — um quarto de século antes de *Bolling v. Sharpe*, mas ainda sobre políticas de exclusão nas escolas (proibição do ensino de idiomas diversos do inglês) — havia-se decidido:

¹⁴²⁸ *Idem*, pp.38-39.

“While this Court has not attempted to define with exactness **the liberty** thus guaranteed, **the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated.** Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint, but also **the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience,** and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men” (*g.n.*).

Logo, conquanto jamais houvesse se arriscado a definir de modo exauriente a ideia de “liberdade”, a Corte há muito sinalizava para um *significado amplo*, abrangente das mais variegadas atividades humanas nos diversos estratos de socialidade.

Nas hipóteses mais clássicas (liberdade pessoal ou ambulatorial), deliberou-se que os contextos já consumados de *liberdade condicional* (“*parole*”) atraíam a proteção da cláusula do devido processo, por estarem indubitavelmente em jogo genuínos “*liberty interests*” dos condenados. Assim, podia-se levar à jurisdição constitucional, como violações em tese do “*procedural due process*”, quaisquer vícios formais e procedimentais que houvessem interferido com a obtenção do benefício (*Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 1972). De outra parte, caso se tratasse de liberdade condicional *ainda não concedida*, a possibilidade de acesso à jurisdição *ex “due process clause”* seria bem mais limitada, pois “[t]here is no constitutional or inherent right of a convicted person to be conditionally released before the expiration of a valid sentence” (*Greenholtz v. Inmates of the Nebraska Penal & Correction Complex*, 442 U.S. 1, 1979). Com efeito, à diferença dos “*parolees*” (que já gozam do convívio familiar e dos amigos, aspirando legitimamente à rápida estabilização em sua nova realidade), os reclusos e detentos em geral (“*inmates*”) seguem sujeitos à custódia integral do Estado e a todas as limitações que essa condição carrega¹⁴²⁹; logo, a instrumentalidade do processo/procedimento para a garantia das liberdades seria menos proeminente para esses do que para aqueles primeiros.

¹⁴²⁹ *Idem*, p.49.

Caso paradigmático, nesse encalço, foi *Sandin v. Conner* (515 U.S. 472, 1995). DEMONT CONNER, criminoso condenado a uma pena variável de trinta anos à perpétua pela prática de diversos crimes (entre os quais homicídios qualificados, sequestros, roubos e furtos), fora punido por duas faltas disciplinares (uma grave e outra moderada), com trinta dias de segregação, porque teria interferido fisicamente nas funções de um agente penitenciário e também por tê-lo ofendido; tudo isso se passou em penitenciária estadual de segurança máxima do Havai (*Halawa Facility*), por ocasião de uma transferência de cela, quando fora submetido a uma revista completa com inspeção da região retal, o que o desagradou. A punição, porém, partira de um “*adjustment committee*” perante o qual comparecera em 28 de agosto de 1987, quando lhe foi negado o pedido de apresentar testemunhas que pudessem demonstrar os abusos do funcionário. CONNER judicializou a questão, obtendo decisão desfavorável na unidade distrital, depois revertida pelo tribunal de apelo, que reconhecia um “*liberty interest*” nas posições do recorrente. O litígio chegou à *U.S. Supreme Court*, com uma indagação basilar: se o regulamento penitenciário incumbia o comitê de buscar “*substantial evidences*” para depois decidir sobre a culpa do preso e a respectiva penalidade, e se concretamente não se permitiu sequer a oitiva de suas testemunhas (com conseqüente supressão parcial do efetivo contraditório e do direito à prova), havia nisso um problema constitucional de violação do “*procedural due process*”? A nós pareceria óbvio que sim. Mas a Corte respondeu:

“Under *Wolff*, States may in certain circumstances create liberty interests which are protected by the Due Process Clause. But these interests will generally be limited to freedom from restraint which, while not exceeding the sentence in such an unexpected manner as to give rise to protection by the Due Process Clause of its own force, nonetheless imposes atypical and significant hardship on the inmate in relation to the ordinary incidents of prison life. [...] Under *Hewitt* 's methodology, prison regulations, such the one in this case, have been examined to see whether mandatory language and substantive predicates create an enforceable expectation that the State would produce a particular outcome with respect to the prisoner's confinement conditions. This shift in focus has encouraged prisoners to comb regulations in search of mandatory language on which to base entitlements to various state conferred privileges. Courts have, in response, drawn negative inferences from that language. *Hewitt* creates disincentives for States to codify prison management procedures in the interest of uniform

treatment in order to avoid the creation of “liberty” interests, and it has led to the involvement of federal courts in the day to day management of prisons. The time has come to return to those due process principles that were correctly established and applied in *Wolff* and *Meachum*” (g.n.).

Entendeu-se, em outras palavras, que a metodologia empregada para se admitir questões de “*procedural due process*” a partir da criteriosa consideração das posições jurídicas criadas pelas legislações estaduais estava incentivando, na prática penitenciária, um recorrente “garimpo” dos textos para descobrir direitos e com isso obter facilidades ou talvez indenizações. Disso adviriam duas consequências infaustas: o receio dos governos estaduais em legislar uniformemente sobre a internação prisional e a intromissão diuturna da cortes federais na vida penitenciária. Com a decisão, a Corte pretendeu repudiar publicamente essa prática e mitigar os seus efeitos (olvidando, porém, as conhecidas lições de FRANZ VON LISZT sobre não praticar política judiciária às custas dos direitos do réu ou condenado).

Discutiu-se, ademais, se a *honra* ou a *reputação* poderiam figurar como pretensão material admissível à judicialização pela via do devido processo. Em casos de estrito “*substantive due process*”, a *U.S. Supreme Court* entendeu negativamente, assentando que apenas a reputação, desataviada de outros interesses constitucionais “mais tangíveis” (“*more tangible*”), não configurava um “*liberty interest*”: “[t]he Due Process Clause does not ex proprio vigore extend to a person a right to be free of injury wherever the State may be characterized as the tortfeasor”. Foi o que se decidiu em *Paul v. Davis* (424 U.S. 693, 1976): o chefe de polícia de Louisville (Kentucky) houvera distribuído *flyers* nos quais a fotografia de EDWARD CHARLES DAVIS III constava entre os “ladrão ativos” (“*active shoplifter*”), em função de processo-crime no qual ainda não havia sido definitivamente condenado; DAVIS insurgiu-se judicialmente, reclamando indenização. Pretendeu ver reconhecida nas cortes federais a deprivação de sua liberdade, pelo constrangimento da publicidade negativa e também porque a ação inconsequente partira de um agente do Estado; mas a Suprema Corte não acolheu o argumento, revertendo o julgamento anterior (que, em grau de apelação, fora favorável a DAVIS) e afastando a jurisdição federal.

VI. No plano europeu, o campo de aplicação de um direito ao processo equitativo *ex* artigo 6º da CEDH foi estabelecido a partir de outro marco legislativo, que destoa grandemente do texto empregado nas Emendas ns. V e XIV da Constituição estadunidense ou no artigo 5º, LIV, da CRFB¹⁴³⁰. Entretanto, a interpretação flexível e abrangente do TEDH — que analisamos *supra* (tópico 10.4.2, n. IV) — tem aproximado sensivelmente os conteúdos de jurisprudência dos dois sistemas (EUA e Europa), ao menos quanto ao alcance da norma de proteção (não sem exceções, claro). E não se ignora, ademais, a possibilidade de que as classes “extraordinárias” hoje admitidas pelo Tribunal Europeu (*e.g.*, os procedimentos de dispensa coletiva de trabalhadores, no âmbito cível, ou as interdições de estabelecimento comercial, no âmbito penal — *v.*, *infra*, o tópico 16.5) venham a se expandir ainda mais, tanto em matéria civil como em sede penal, à vista daquela mesma tendência jurisprudencial de cariz expansivo. O que — diga-se — é por tudo alvissareiro para as populações europeias.

Por agora, entretanto, basta recordar que o artigo 6º, 1, da CEDH assegura o processo equitativo a todas as causas em que se debatam “*a determinação de direitos e obrigações de caráter civil*” e o “*fundamento de qualquer acusação em matéria penal*”. Não optou, pois, pela categorização atomizada dos objetos (= interesses) sensíveis para o devido processo formal. Elegeram-se dois grandes segmentos do tráfico jurídico — o das *obrigações de caráter civil* e o das *acusações em matéria penal* — e a partir deles construiu-se sólida jurisprudência que já passa de meio século. Os tópicos 16.5.1 e 16.5.2 tratarão, abaixo, de explorar cada um desses segmentos (o que não poderia ser feito com a mesma nitidez no contexto norte-americano, onde a jurisprudência foi construída na perspectiva dos *bens tutelados* e não das *matérias jurídicas* direta ou indiretamente tocadas).

V. De nossa parte, enfim, conquanto tenhamos por úteis, na esfera substancial, toda a reflexão produzida em quarenta anos de prospecção americana dos “*life, liberty and property interests*” (o que, aliás, bem serviria ao caso brasileiro se o STF partisse também

¹⁴³⁰ O mesmo se aplica, ademais, ao PSJCR, cujo artigo 8º — extenso e analítico — é por tudo semelhante ao artigo 6º da CEDH, extremado-se da fórmula sintética norte-americana. *V.*, *supra*, o tópico 10.4.3.

para a interpretação literal-teleológica do artigo 5º, LIV, da CRFB), parece-nos que, no campo estritamente processual, calha bem a crítica de HART ELY¹⁴³¹. Se é certo que nem toda subversão da ordem processo-procedimental deve poder ser objeto de recurso ou reclamação constitucional, tampouco se devem estabelecer restrições desproporcionais que limitem o acesso à jurisdição constitucional por meio prelibações abstratas de mérito (capazes, no limite, de influenciar indevidamente as instâncias inferiores). Tampouco a via eleita pelo STF parece a mais feliz, na medida em que a estrita anuência à sua tese dominante praticamente impediria que qualquer questão puramente processo-procedimental — inclusive sobre aspectos tão relevantes como o contraditório ou a coisa julgada — fosse examinada em grau de recurso extraordinário, impedindo a construção de *standards* constitucionais por quem de fato deveria erigi-los (a corte constitucional brasileira).

Melhor seria mirar a jurisprudência americana pré-*Roth* e examinar complexiva e casuisticamente qual a *efetiva relevância* de cada caso concreto (o que transcende o aspecto jurídico, implicando também os aspectos social, político, cultural e econômico), independentemente da “categoria” de interesses materiais afetados, mas tendo em conta tanto a *importância* “*in abstracto*” desses interesses, como também a *extensão* e a *gravidade aparente* da violação processo-procedimental (lidando, portanto, com as interconexões entre o devido processo formal e o substantivo). Isso valeria “*a fortiori*” para as demandas do século XXI (como aquelas ligadas ao biodireito) e inclusive para os dilemas megapolíticos (HIRSCHL), na medida em que fossem judicializados; mas a admissibilidade de todos esses processos dar-se-ia, nos graus ordinários de jurisdição, pelas técnicas processuais já consagradas (condições da ação, pressupostos processuais —

¹⁴³¹ John Hart Ely, *Democracy...*, p.21: “But once ‘due process’ is reinvested with serious substantive content, things get pretty scary and judges will naturally begin to look for ways to narrow the scope of their authority. The reaction is one that might have suggested that the error was in resurrecting substantive due process, but instead it seems to have meant that due process, properly so called, has been constricted”. A dupla dimensão do devido processo é valiosa e, segundo cremos, deve ser preservada (onde já está firmada) e desenvolvida (onde ainda é incipiente, como nos países de raiz romano-germânica); mas jamais a ponto de se ver a dimensão procedimental completamente *reduzida* ou *subordinada* à dimensão substantiva. E nem se diga haver, aqui, *contradição* com o objeto da presente Tese (= explicar racionalmente e validar constitucionalmente as inflexões do devido processo formal): as inflexões dão-se “*in concreto*”, com necessário “*balancing*”, à luz do direito objetivo aplicável e dos elementos extrassistemáticos relevantes (condições sociais, culturais e econômicas, a determinar os pré-entendimentos e a própria sinépica); já a redução constitucional operada pela *U.S. Supreme Court* faz-se “*prima facie*”, como juízo de admissibilidade constitucional, o que termina por restringir de modo importante o campo de atuação do “*procedural due process*”. V., *supra*, o n. I.

positivos e negativos — e precondições análogas), enquanto que, nos graus extraordinários, far-se-ia por critérios de **pertinência temático-constitucional** (pelo tema “*in se*”, substancial ou processual, e não pela relação com certas categorias jusfundamentais predeterminadas pela literalidade constitucional) e de **relevância político-judiciária** (seguindo, no que diz com a “*due process clause*”, os parâmetros apresentados: importância abstrata dos interesses e extensão/gravidade aparente do atentado à devida forma ou procedimento).

Ressuscitar-se-iam as “arguições de relevância” (em modo semelhante aos atuais horizontes da “repercussão geral”¹⁴³²), é verdade, e não se escaparia de alguma antecipação de conteúdos decisórios; mas, ampliando-se o acesso à jurisdição constitucional, atender-se-ia melhor ao mandado de otimização vazado nas cláusulas constitucionais de garantia de acesso à justiça (no Brasil, o artigo 5º, XXXV, da CRFB) e ter-se-iam *standards* mais atualizados do que seja devido processo formal na visão das cortes constitucionais.

16.4. ALCANCE RECURSAL: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO?

I. Toda pessoa que tem suas pretensões materiais apreciadas e julgadas por um órgão jurisdicional, como resultado final de uma sequência concatenada de atos formais (= procedimento) realizada sob contraditório e informada por uma teia de relações jurídicas de natureza pública (processo), tem direito a ver o seu caso *reapreciado* por um segundo órgão jurisdicional? Eis o que se embute na afirmação de que o acesso ao duplo grau de jurisdição seria um predicamento *inerente* ao devido processo formal jurisdicional. Nem sempre será, como diremos.

Essa questão foi e segue sendo recorrente nas reflexões brasileiras sobre o devido processo formal. O *duplo grau de jurisdição* configura ou não uma garantia constitucional?

¹⁴³² Cf. o artigo 102, §3º, da CRFB e a Lei n. 11.418/2006, que o regulamentou (introduzindo no CPC os artigos 543-A e 543-B). Aquele, acrescentado pela EC nb. 45/2004, dispõe que “[n]o recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (que não onze).

O tema talvez seja mais ruidoso no Brasil do que em outros países da região, ou mesmo na Europa, porque o duplo grau de jurisdição foi, no passado, uma *garantia constitucional expressa*, inerente ao devido processo formal em toda e qualquer jurisdição (cível ou criminal). Com efeito, dispunha o artigo 150 da Constituição do Império (1824):

“**Art. 158.** Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Imperito as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”.

Era, aliás, a origem constitucional dos tribunais de apelação, depois tribunais de justiça dos Estados-membros da Federação. Todas as constituições brasileiras ulteriores, porém, silenciaram sobre o julgamento das causas em segunda instância. Referiam apenas a existência dos tribunais e as suas funções eminentemente revisoras (a designação “tribunal”, portanto, passou a se destinar apenas aos órgãos jurisdicionais colegiados com competência recursal¹⁴³³, diversamente do que se dá em Portugal); mas, como a função revisora implica a existência de recursos, muitos autores seguiram extraindo desses preceitos um suposto princípio “implícito” do duplo grau de jurisdição. É o que se dá, hoje, com o artigo 92 da CRFB, que prevê a existência de juízes federais e tribunais regionais federais, juízes do trabalho e tribunais regionais do trabalho, juízes militares e tribunais militares, além de juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (que já não existem mais). Há quem entenda que, por estabelecer essa estrutura judiciária, a ordem jurídica constitucional brasileira plantou um princípio não expresso de recorribilidade (logo, de duplo grau de jurisdição) incindível de sua própria positividade e historicidade.

¹⁴³³ O que hodiernamente sequer é tão exato. O sistema processual brasileiro passou a conviver, por força do artigo 98, I, *in fine*, da CRFB e depois do artigo 41, §1º, da Lei n. 9.099/95, com as chamadas *turmas recursais*, destinadas a decidir os recursos interpostos contra decisões dos juizados especiais cíveis e criminais (que julgam causas de pequena alçada e questões civis de baixa complexidade, a esfera cível, e infrações penais de menor potencial ofensivo, na esfera penal). Nos termos da lei, essas turmas são formadas por três juízes togados em exercício no *primeiro grau* de jurisdição e a elas não se reserva a denominação de “tribunais”. Logo, são órgãos colegiados com competência recursal, mas não são “tribunais” (até porque seus integrantes ainda não foram promovidos ao segundo grau de jurisdição). Daí porque, hoje, a expressão — e as distinções que encerra — talvez faça mais sentido na perspectiva das carreiras da Magistratura do que na perspectiva estritamente funcional.

Com todas as vênias, o argumento é débil. A Constituição também prevê a existência de tribunais superiores (artigo 92, I e II, artigo 111, I, artigo 118, I, artigo 122, I), mas está fora de dúvidas que a jurisdição revisional extraordinária não existe para todos os casos. Sendo assim, não há razões para que os tribunais ordinários (segundo grau) possam ser irrestritamente acionados, qual panaceia para um voto silencioso de desconfiança contra as magistraturas de piso. Ao contrário, há mesmo uma tendência contemporânea de se prestigiar as decisões de primeiro grau e limitar sensivelmente o acesso ao segundo grau de jurisdição, a bem inclusive do princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII). Não fosse assim, seriam “constitucionalmente suspeitas” — para utilizar expressão de *Roe v. Wade* — normas como a do artigo 893, §1º, da CLT, que prevê a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do trabalho (interlocutórias que podem inclusive ser de mérito — v., *supra*, a nota n. 1063), ou a do artigo 899, §1º, do mesmo diploma, que prevê o ônus processual de recolhimento do valor da condenação, até certo limite, como condição para a admissibilidade do recurso ordinário trabalhista (ambas jamais contestadas seriamente); a do artigo 34 da Lei n. 6.803/80 (Lei de Executivos Fiscais — v. *infra*); ou, ainda, a do artigo 518, §1º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.276/2006, segundo o qual “*o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*” (esse efetivamente contestado, mas sobretudo por razões outras — como a criação de “súmulas vinculantes de segundo nível” carentes de previsão constitucional¹⁴³⁴ — que não a violação de um suposto princípio de duplo grau de jurisdição). Tais preceitos são constitucionais e estão perfeitamente compreendidos dentro da esfera de conformação legislativa do devido processo formal. Ademais, a própria Constituição de 1988 evidenciou, em ao menos duas passagens, a virtual possibilidade de existirem decisões — e, mais que decisões, *sentenças* — irrecorríveis: ao tratar das competências do Supremo Tribunal Federal (artigo 102) e do Superior Tribunal de Justiça (artigo 1005), dispõe competir ao primeiro:

¹⁴³⁴ V., e.g., Lenio Luiz Streck, “A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: preocupação do constituinte com as ‘causas irrelevantes’”, in *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, Walber de Moura Agra (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2005, p.187. De nossa parte, reputamo-lo constitucional; v. G. G. Feliciano, “O ‘novíssimo’ processo civil...”, n. V.

“**III** – julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas decididas em única** ou última **instância**, quando a decisão recorrida: [...]” (g.n.);

E ao segundo:

“**III** – julgar, em recurso especial, **as causas decididas, em única** ou última **instância**, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...]” (g.n.);

Logo, é cediço que o sistema processual constitucionalmente delimitado *admite* a existência de sentenças de *única* instância. E não se queira dizer, por forçado, que tais referências constitucionais digam com a hipótese absolutamente esdrúxula de julgados em que tenham transitado em primeiro grau (ações comuns) ou em segundo grau (ações originárias) por decurso de prazo¹⁴³⁵...

II. Por tais razões e outras tantas, o entendimento prevalecente é o de que o duplo grau de jurisdição já não é uma garantia inerente ao devido processo legal procedimental *em matéria cível*, ao menos no Brasil (e, ao que consta, tal é a regra fora dele). Na dicção de NERY JR.¹⁴³⁶,

“[...] não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34, da Lei 6.803/80) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º, da Lei 6.825/80), ou, ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504, CPC). [...] Esses artigos não são

¹⁴³⁵ Tese interessante e inclusive defensável, a meio caminho de uma e outra ideia, é a de DINAMARCO (*Instituições...*, v. I, p.195), que reconhece no duplo grau de jurisdição um *princípio geral* (mesmo no processo civil), mas não uma *garantia*: “Caso isolado de princípio constitucional endereçado ao processo e desprovido do caráter de imperatividade é o do chamado princípio do duplo grau de jurisdição. **É um princípio sim** e, como tal, há de inspirar o legislador ao editar leis e o juiz ao interpretá-las e resolver os casos de dúvida sobre a concreta admissibilidade de algum recurso. **Não é uma garantia**, porém, dado que a própria Constituição apresenta hipóteses de grau único de jurisdição (p.ex., em certos casos de competência originária dos tribunais, em que é excepcional a recorribilidade dos julgados” (g.n.). Seria, portanto, o único caso de *princípio constitucional de processo* a não se revestir da condição de *garantia processual*. Dificil compreender, porém, como o legislador ordinário poderia “se inspirar” no princípio e ao mesmo tempo ignorá-lo, à mercê de seu poder de conformação. A vingar tal tese, afetar-se-ia ao cabo e ao fim apenas a atividade do juiz, com um curioso princípio hermenêutico tendencial do tipo “*in dubio pro recursus*”.

¹⁴³⁶ Nery Jr., *Princípios...*, pp.211-212.

inconstitucionais justamente em face da ausência de ‘garantia’ do duplo grau de jurisdição. Entretanto, não poderá haver limitação ao cabimento do recurso especial ou extraordinário, como era permitido no sistema revogado (art. 119, §1º, CF de 1969), porque a atual Constituição Federal não estipulou nenhuma restrição. Os requisitos estão no próprio texto constitucional e somente eles devem ser exigidos do recorrente para que sejam conhecidos os recursos extraordinário e especial”.

Já não é assim, porém, em *matéria processual penal*. Nessa hipótese, entende-se que o duplo grau de jurisdição é uma garantia ínsita ao devido processo penal, por força do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, o direito a um recurso contra sentenças penais condenatórias está explicitamente descrito no artigo 14, 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (v., *supra*, o tópico 10.4.1, n. V), como também no artigo 8º, 2, “h”, do Pacto de San José da Costa Rica (que assegura, *apenas* em matéria penal, o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” — v., *supra*, o tópico 10.4.3, n. II). Já não há semelhante previsão, por exemplo, no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou nos artigos 47 a 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Como se trata, porém, de uma previsão ínsita ao próprio PIDCP (“Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei”¹⁴³⁷), parece claro que todos os países que tenham assinado o Pacto¹⁴³⁸

¹⁴³⁷ Observe-se que tanto o PSJCR quanto o PIDCP utilizam a expressão “delito” (nesta última, em inglês, “crime”). A palavra não é unívoca e chega mesmo a ser utilizada, em alguns sistemas (como no Brasil), como sinônimo de **crime** (i.e., designariam a classe de infrações penais de maior gravidade no ordenamento, excluindo-se as de menor intensidade, como as *contravenções*); noutros sistemas, porém, pode designar uma classe de infrações penais de média intensidade (como são os “*délits*” na França, que não se confundem com os “*crimes*”, mais graves, ou com as “*contraventions*”, menos graves — v. artigo 111-1 do *Code pénal* francês). Não haveria sentido, porém, em se garantir o duplo grau de jurisdição nas condenações por infrações penais menos graves (“*délits*”) e apenas facultá-lo nas condenações por infrações penais mais graves (“*crimes*”). Assim, para se evitar dificuldades e resolver o dilema hermenêutico de acordo com os princípios que devem reger a interpretação das fontes de direitos humanos fundamentais — em especial o princípio da máxima efetividade —, acreditamos que a garantia do duplo grau de jurisdição penal do PIDCP deva se estender, nos países que o ratificarem ou a ele aderirem, a *todas as espécies de infrações penais* (das mais graves às mais leves). Ademais, como já se viu, mesmo infrações administrativas de maior gravidade — como são aquelas contravenções que perderam a natureza penal nas reformas legislativas das últimas décadas (*supra*, tópico , n. 10.4.2 e nota n. 963) — tem sido incluídas sob a proteção do devido processo penal, inclusive no âmbito europeu (v., *infra*, tópico 16.5.2).

¹⁴³⁸ O PIDCP não prevê mecanismos de reservas, diversamente da CEDH, que dispôs, em seu artigo 57, 1, sobre a possibilidade de reservas ao tempo da ratificação, apenas no caso de haver, no território do Estado, lei em vigor contrária a alguma de suas disposições.

introduziram ou comprometeram-se a introduzir, em seus respectivos ordenamentos internos, a garantia do duplo grau de jurisdição penal.

III. A garantia do duplo grau de jurisdição penal tanto deve alcançar as sentenças condenatórias típicas como — onde houver — as sentenças absolutórias impróprias (i.e., sentenças penais que impõem medidas de segurança ou outras restrições com base na periculosidade do réu, não em sua culpabilidade). O recurso, ademais, deve ser um meio processual capaz de oferecer nova oportunidade para a defesa, com a rediscussão dos fatos, das provas e do direito aplicado, assegurando o controle da legalidade e da razoabilidade/proporcionalidade da sentença (CtIDH, *Informe* n. 17/94 e 55/97). Não basta que seja um mero acesso formal e burocrático a órgão distinto, sem possibilidades reais de efetiva mutação da sentença “*a quo*”; nem tampouco podem estar presentes restrições legais que aniquilem ou comprometam grandemente a própria essência do duplo grau de jurisdição (v., e.g., CtIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, 02.07.2004¹⁴³⁹).

Mesmo no plano processual penal, porém, divisam-se duas *exceções* para o duplo grau de jurisdição (uma de ordem lógica e outra de ordem sistêmica, respectivamente): **(a)** a condenação penal imposta pelo tribunal máximo do país (e.g., no Brasil, a condenação criminal do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos deputados federais e dos senadores da República, que respondem todos, por infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, *ex* artigo 102, I, “*b*”, da CRFB); **(b)** a condenação imposta em razão de recurso da acusação contra sentença absolutória (porque, de todo modo, terá havido dupla apreciação do caso “*in se*”)¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁹ *In verbis*: “[...] **163.** El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber **especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal** de conformidad con los principios que lo rigen. [...] **164.** La posibilidad de ‘recorrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. [...] **166.** Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó ‘[...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumbre con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto.** Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (g.n.).

¹⁴⁴⁰ Cf. Gabriela Jugo, *El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos*, in *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires,

Diga-se, ademais, que o fato de, no Brasil, as condenações dos juizados especiais criminais (artigo 98, I, da CRFB) serem objeto de revisão por turmas recursais de juízes de primeiro grau (*supra*, nota n. 1433) não compromete a garantia do duplo grau. Como registrou L. F. GOMES, no contexto do PSJCR,

“O recurso [...] deve ser interposto para ‘juiz ou tribunal superior’. Não se trata necessariamente de um órgão superior hierárquico, basta que seja um juiz ou tribunal distinto, que conte com as faculdades de revisar os fatos, provas e direito objeto da sentença recorrida”¹⁴⁴¹.

Assim se delimita, portanto, o alcance recursal imanente ao devido processo formal (outra vez com pretensões de universalidade): enquanto no plano cível não há garantias necessárias de recorribilidade — o que significa que a matéria estará invariavelmente nos domínios do poder de conformação do legislador, se não houver previsão específica em sentido diverso nos textos constitucionais —, na esfera criminal o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia imanente ao conceito de devido processo legal formal (penal).

16.5. PARTICULARIZAÇÕES

16.5.1. NO PROCESSO CIVIL

I. Na análise das *particularizações* do devido processo formal ao longo de um corte epistemológico que seccione e contemple as principais disciplinas jurídico-positivas, convém principiarmos, sempre que possível, pelos quadros do direito internacional. Em seara civil e processual civil, constatamos alhures (tópicos 10.4.2 e 10.4.3) que a CEDH (artigo 6º, 1), assim como o PSJCR (artigo 8º, 1), destinam a garantia do processo equitativo a todos os processos/procedimentos que se prestem a *determinar* os direitos e as obrigações de carácter civil do queixoso no âmbito do Estado requerido. Mas o que significa “determinar”? E o no que consiste o “carácter civil” de um direito ou de uma obrigação?

Depalma, 2002, p.290; cf. também Gomes, Mazzuoli, *op.cit.*, p.120. Tais exceções são, na verdade, aquelas mesmas do artigo 2º do Protocolo CEDH n. 7, que inspiraram esta doutrina.

¹⁴⁴¹ Gomes, Mazzuoli, *op.cit.*, p.119.

Parte das respostas já as demos quando do exame do devido processo na jurisdição internacional (que, vimos, exaure-se praticamente no “*procedural due process*”). Aqui importa resumi-las e em seguida avançar; mas tendo sempre em conta que, nos fóruns internacionais, os conceitos jurídicos têm conhecido uma amplitude incomum ao tráfico jurídico dos ordenamentos internos.

O TEDH tem reconhecido as garantias do artigo 6º da CEDH em todo processo/procedimento em que se discuta e se possa afirmar (ou negar) a existência de um direito subjetivo, ou ainda modular o seu conteúdo, a sua duração e/ou as modalidades de seu exercício; também se aplica ao processo/procedimento em que se discute e se tende a resolver questões de fato ou questões de direito. Em todo caso, o processo/procedimento deve ter *caráter de determinância* (afastando-se do âmbito de proteção os casos de sentenças terminativas de instância ou as medidas cautelares e provisórias que não afetam a questão de fundo, por exemplo); além disso, o direito material “*sub iudice*” deve ser minimamente defensável nos lindes do ordenamento interno do Estado requerido. Mas tudo isso já vimos.

À guisa de sistematização, importa agora acrescentar, com SUDRE¹⁴⁴², as quatro classes de demandas que, irredutíveis aos limites do direito privado, têm afetação patrimonial (“*critère de la patrimonialité*”) e atraem a proteção do artigo 6º da CEDH em matéria civil: (1) contenciosos administrativo-disciplinares (inclusive nos conselhos ou autarquias profissionais, como ocorre com médicos e advogados — aproximando-se, assim, da proteção à “*old property*” e de casos como *Schware v. Board of Bar Examiners* e *Withrow v. Larkin*) e contenciosos sociais (e.g., procedimentos tendentes à demissão de empregados públicos ou até privados¹⁴⁴³ — aproximando-se, p.ex., de *LaChance v. Erickson*— e procedimentos tendentes à concessão de benefícios assistenciais ou às cotizações de previdência social¹⁴⁴⁴ — aproximando-se da “*new property*”, na expressão de

¹⁴⁴² Sudre, *Droit...*, pp.335-344.

¹⁴⁴³ Cf., e.g., TEDH, *Buccholz v. Alemanha*, 06.05.1981.

¹⁴⁴⁴ Isso tudo “*au motif que le régime desdites prestations ou cotisations révèle une prédominance des aspects de droit privé (nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, rattachement au contrat du travail, affinités avec une assurance de droit commun) sur les aspects de droit public (caratère de la législation, intervention de la puissance publique)*” (Sudre, *Droit...*, p.337).

WASSERMAN); (2) numerosos contenciosos clássicos de direito público que interferem diretamente com direitos de natureza patrimonial (*e.g.*, procedimentos de expropriação, procedimentos para permissão de construção ou para derrogação de interdições urbanísticas, extensão de limitações ambientais ao direito de propriedade, recusa ou retratação de licença para exercer atividade profissional — como a exploração de uma clínica médica ou de um *pub* —, procedimento de responsabilidade civil contra o Estado perante a jurisdição administrativa, etc.); (3) os contenciosos de função pública típica (*e.g.*, nos litígios sobre admissão, promoção, reversão, exoneração ou desligamento de servidores públicos); (4) os contenciosos da jurisdição financeira, onde tiverem autonomia orgânica (*e.g.*, na França, os procedimentos tendentes ao ressarcimento do erário e a prestação de contas dos contadores públicos). *Excluem-se*, de outra parte, os contenciosos próprios a quatro categorias de pessoas (identificadas, para esse efeito, por seus papéis ou por sua condição institucional): os contribuintes, os estrangeiros, os funcionários de autoridade (*i.e.*, os agentes políticos, que “*participant à l’exercice de la puissance publique*”, inconfundíveis com os *funcionários de gestão*, que estão albergados na classe “3”, *supra*) e os *eleitores*. Em alguns desses contextos, porém, os contenciosos *de defesa* — próprio das hipóteses de imposição punitiva carregada ao cidadão — podem, pela gravidade e pela extensão das sanções, ser alcançados pela garantia do processo equitativo em *matéria penal* (estendida), como veremos a seguir.

Por força da própria condição de tratado-constituição da CEDH, pode-se afirmar, com boa margem de acerto, que esses entendimentos — o que inclui as extensões conceituais — vem sendo assimilados pelos países do bloco, ao menos para efeito de garantismo processo-procedimental. Onde essa assimilação é lenta, os mecanismos de controle do sistema europeu de direitos humanos (tópico 10.4.2, n. II) deverão fazê-la avançar paulatinamente. O mesmo se aplica, com menor contundência, ao caso americano, à mercê da jurisprudência da CtIDH e das condenações internacionais cada vez mais frequentes nessa matéria. Mas valerá a pena, ao menos para fins de ilustração, trazer o debate à ambiência jurídico-interna.

II. No Brasil, a doutrina tem acolhido as seguintes garantias do devido processo formal na esfera cível: o princípio da isonomia; o princípio do juiz e do promotor natural; o princípio da inafastabilidade da jurisdição (a que amiúde se identifica, como expressão máxima das *liberdades* no campo processual, o “princípio do direito de ação”¹⁴⁴⁵); o princípio do contraditório (ao qual se associa, como dimensão ou face interna, a paridade de armas); o princípio da proibição da prova ilícita; o princípio da publicidade dos atos processuais; e o princípio da motivação das decisões judiciais¹⁴⁴⁶. Além desses, há quem ainda *destaque* — porque de outro modo já estariam mesmo contidas no rol anterior — as garantias da imparcialidade do juiz e da independência da magistratura e *acrescente* as garantias da inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI, da CRFB) e da inviolabilidade do sigilo das comunicações e dados (artigo 5º, XII, da CRFB), também como corolários do “*procedural due process*”¹⁴⁴⁷. Esses seriam, em síntese, os corolários fundamentais do devido processo formal no âmbito do processo civil

Interessante notar, a propósito, como as ideias de *princípio* e de *garantia* sempre caminham juntas nesta seara, podendo-se mesmo afirmar que as garantias do devido processo formal *reduzem-se*, afinal, a princípios constitucionais do processo. Isso bem se explica com DINAMARCO¹⁴⁴⁸:

“[...] a tutela constitucional do processo não seria efetiva se as grandes linhas-mestras desenhadas pela Constituição (princípios) não ganhassem eficácia imperativa mediante as correspondentes *garantias*. Consistem as garantias constitucionais em preceitos dotados de *sanção*, isso significando que sua

¹⁴⁴⁵ Na dicção de (*op.cit.*, p.93), “*l’action c’est [...] l’instrument privilégié d’une liberté fondamentale, celle du droit d’agir en justice pour la réalisation de ses droits [...], liberté qui est elle-même la traduction d’un pouvoir légal [...] et dont l’exercice revêt la forme procédurale d’une demande ou d’une défense en justice [...]. La liberté, dont Montesquieu assurait que “les formalités de la justice étaient nécessaires à son exercice”. L’action puise ses racines loin dans le passé, mais connaît aujourd’hui un profond bouleversement avec des approches renouvelées de l’intérêt et de la qualité*”. Em seu “*Procédure civile*”, os autores adotam uma original partição para o estudo sistemático do Direito Processual Civil, bem ao modo francês, examinando-o em quatro partes: a primeira identificada com a *liberdade*, sobre justamente o direito de ação; a segunda identificada com a *igualdade* (mais a liberdade), sobre a jurisdição e seus consectários; a terceira identificada com a *fraternidade* (mais a liberdade e a igualdade), sobre o processo e toda “*la théorie de l’instance*”; e uma quarta dedicada à arbitragem.

¹⁴⁴⁶ Cf. Nery Jr., *Princípios...*, pp.72 e ss. (excetuando-se, no texto, o princípio do duplo grau de jurisdição, que o próprio autor reconhecia ser uma garantia inerente ao devido processo *penal*, não ao civil; v., *supra*, o tópico 16.4).

¹⁴⁴⁷ Cf. Dinamarco, *Instituições...*, v. I, pp.244-245.

¹⁴⁴⁸ Dinamarco, *Instituições*, v. I, pp.194-195.

inobservância afetará de algum modo a validade ou eficácia do ato transgressor, o qual não pode prevalecer sobre os imperativos constitucionais. Por isso é que geralmente os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos *princípio* e *garantia* para designar a mesma idéia”.

Com essas garantias, o processo civil deixa de ser um mero compêndio de ritos para se tornar um *sistema constitucional de promessas e limitações*. Entre as promessas, a nuclear — dita por DINAMARCO “promessa-síntese” — é aquela do *acesso à justiça*: o Estado assegura solenemente a dispensa ampla e irrestrita da tutela jurisdicional institucionalizada, como fator da paz social e garantia de direitos, a todas as pessoas com interesses sob a sua jurisdição. Ao redor dessa “promessa-síntese” órbita, ademais, uma série de *promessas complementares* relativas ao controle dos atos do próprio Estado e à pacificação específica de litígios da pós-modernidade (assim, *e.g.*, com os novos instrumentos processuais constitucionalizados no Brasil a partir de 1988, como o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação popular para atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural). E, para o regular funcionamento desse sistema, nele ingressa ainda um plexo de *promessas instrumentais* (do juiz natural, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, etc.), que são precisamente as garantias do devido processo formal. De outra parte, tencionando coibir excessos, criam-se *restrições* (= *autolimitações* do Estado) para delimitar racionalmente os poderes do juiz, algumas ditadas na Constituição e a maioria delas previstas na lei; dessa natureza são o chamado “princípio da inércia” (“*nemo procedat iudex ex officio*”), o princípio da correlação entre a demanda e a sentença (donde a vedação dos julgamentos “*extra vel ultra petitum*”), a vedação da emissão de medidas jurisdicionais quando pedidas por quem não seja o titular do interesse (ilegitimidade “*ad partem*”) ou por via processual inadequada (assim, *e.g.*, propor a rescisão da sentença transitada em julgado por ação ordinária ou propor a execução civil sem o respectivo título), etc¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁹ Dinamarco, *Instituições*, v. I, pp.109-110 e p.246.

Assim, “*fala-se em devido processo legal (due process of law) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize a justiça*”, a abranger todas as promessas instrumentais — e também as restrições ou autolimitações — necessárias para se alcançar a “promessa-síntese”. E, ao final, o conhecimento mesmo do direito processual termina sendo essencialmente o conhecimento dessas promessas e limitações. Donde se concluir (para o processo civil, mas também para o processo em geral) que

“[a] expressa garantia do *due process of law* [...] tem o significado sistemático de **fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo**, numa fórmula sintética destinada a afirmar a **indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma**. Esse enunciado explícito vale ainda como **norma de encerramento portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual [...]**”¹⁴⁵⁰.

Aqui, justamente, abre-se a porta magna para o reconhecimento de *direitos processuais fundamentais adscritos* (§33º, *infra*) no âmbito do processo civil. Mas isso veremos oportunamente. Por ora, resta reconhecer, com o mesmo autor, que “*o contexto de garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula due process of law oferece aos litigantes um direito ao processo justo, com oportunidades reais e equilibradas*”, o que importa reconhecer um leque extenso de **garantias mínimas de meios** (pela observância dos princípios-garantias estabelecidos) e **de resultados** (o que significa perseguir concretamente, em cada caso, a “ordem jurídica justa”¹⁴⁵¹).

¹⁴⁵⁰ Dinamarco, *Instituições...*, v. I, p.243 (g.n.). O autor evidentemente sempre se refere, aqui, ao “*procedural due process*”. Logo acima, v. pp.111-112.

¹⁴⁵¹ Dinamarco, *Instituições...*, v. I, pp.245-246. *In verbis*: “E, como afinal o que importa são os **resultados justos do processo (processo civil de resultados)**, não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos” (p.246 — g.n.). Entre os portugueses, em sentido semelhante, cf., por todos, Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.95 (g.n.): “O direito à jurisdição não pode ser entendido em sentido meramente formal: ele não implica apenas o direito de aceder aos tribunais, propondo acções e contradictando as acções alheias, mas também o **direito efectivo a uma jurisdição (“Rechtsschutzeffectivität”)** que a todos seja acessível em termos equitativo [= garantias de meios] e **conduza a resultados individual e socialmente justos** [= garantias de resultados]. Esta acepção ampla do direito à jurisdição leva a ter por consagrado no art. 20 da Constituição [portuguesa], tal como expressamente o é na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o

16.5.2. NO PROCESSO PENAL

I. Arrancando uma vez mais do panorama jurídico internacional, importa lembrar que tanto o artigo 6º, 1, da CEDH como o artigo 8º, 1, do PSJCR asseguram o *processo equitativo* no contexto de *qualquer acusação de matéria penal*. E outra vez, a bem da universalização da garantia, a expressão legal não tem sido interpretada com todo o rigor que o conceptualismo técnico-jurídico imporia. Vejamos.

Por “*acusação*”, o TEDH tem compreendido qualquer notificação oficial ou medida similar, emanada da autoridade competente (não necessariamente judiciária), que represente constrangimento ou censura pela prática de uma infração penal. “Infração penal”, por sua vez, não é somente aquilo que a legislação nacional do queixoso define como tal, mas quaisquer fatos típicos que inspirem essa natureza no contexto geral europeu, considerando-se, a uma, a qualificação do direito interno em cotejo com o denominador comum aferível das legislações dos outros Estados convenientes; a duas, a natureza “*in se*” da infração; e, a três, a severidade da sanção jurídica a ela associada, tendo como referência o máximo de pena aplicável naquele sistema jurídico. Com isso, a garantia do artigo 6º da CEDH tem sido aplicada mesmo às acusações pela prática de infrações penais impuníveis, às acusações particulares por ofensa à honra¹⁴⁵², às imposição de sanções disciplinares militares ou penitenciárias de natureza grave, ao lacramento administrativo de estabelecimentos comerciais, às contraordenações quase penais (i.e., aquelas resultantes de reformas legislativas que converteram contravenções penais em infrações administrativas), etc.

SUDRE¹⁴⁵³ também sistematizou esse âmbito extraordinário de incidência, isolando quatro classes fundamentais de imposições ou procedimentos não penais que geralmente atraem a garantia do processo equitativo: (1) as sanções disciplinares penitenciárias (distendendo aquilo que, nos EUA, *Sandin v. Conner* pretendeu indevidamente restringir);

princípio da equidade ou o direito a um processo equitativo. *Trata-se da necessidade de observar um conjunto de regras fundamentais ao longo de todo o processo, nos vários planos em que este se desenvolve*”.

¹⁴⁵² Que no Brasil, p.ex., são chamadas de “queixas-crimes” e tem mesmo natureza processual penal: v. artigos 41 a 60 do CPP.

¹⁴⁵³ Sudre, *Droit...*, pp.344-349.

(2) as sanções administrativas punitivas de certa gravidade¹⁴⁵⁴; (3) as sanções fiscais punitivas; (4) sanções punitivas em outros domínios de monopólio, controle ou fiscalização estatal, como o aduaneiro, o financeiro e o concorrencial.

II. Sobretudo na doutrina sul-americana, tem-se empregado comumente a expressão “*devido processo penal*”, talhada e desenvolvida no último quartel do século XX, para significar toda a plêiade de garantias que o devido processo formal encarece no processo penal (inclusive no “processo penal estendido”, a seguir a jurisprudência do TEDH). SCARANCE FERNANDES¹⁴⁵⁵ define o *devido processo penal* como o universo das garantias constitucionais do devido processo formal — inclusive a própria “*due process clause*” como garantia genérica e relativamente indeterminada (vocacionada a que, “*por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional a garantias não expressas*”¹⁴⁵⁶) —, mas vistas em face das necessidades e das peculiaridades do processo penal.

Tem-se extremado, ademais, entre o *devido processo penal* “comum” e o *devido processo penal consensual* (v., *supra*, o tópico 1.4.3, n. IV), uma vez que, nas jurisdições permeáveis aos procedimentos de “*nolo contendere*” (como no Brasil, *ex* Lei n. 9.099/95¹⁴⁵⁷) ou mesmo de “*plea guilty*” (como nos Estados Unidos da América, onde há ampla possibilidade de transações penais com admissão de culpa), as garantias processuais não são as mesmas — ou não são as mesmas em algum momento do processo (EUA) —,

¹⁴⁵⁴ Nessa linha, o *Conseil constitutionnel* francês entendeu, na *Décision* n. 82-237 DC, de 30.12.1987, que os princípios penais da DDHC de 1789 aplicar-se-iam a toda sanção “*ayant le caractère d’une punition*”, ainda que não tenha sido pronunciada por uma autoridade jurisdicional.

¹⁴⁵⁵ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.44.

¹⁴⁵⁶ Como é o caso, no Brasil, das garantias contra o “*double jeopardy*” e contra a auto-incriminação, que não constam explicitamente do texto constitucional brasileiro (ou sequer do legal). SCARANCE diz, do devido processo formal, tratar-se de uma “garantia inominada”, o que nos parece impróprio (afinal, “*nomen iuris*” efetivamente há); daí termos preferido a expressão “garantia indeterminada”.

¹⁴⁵⁷ Cujo artigo 76, *caput*, dispõe — sobre as infrações de menor potencial ofensivo — que, “[h]avendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”; no entanto, logo adiante (§6º), lê-se que “[a] imposição da sanção de que trata o §4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo [vedação de obter o mesmo benefício no prazo de cinco anos], e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”. Por isso, os autores brasileiros têm rejeitado a ideia que se trate de um modelo de “*plea guilty*”.

admitindo-se inclusive, no caso brasileiro, que haja a imposição imediata de “*pena restritiva de direitos ou multas*” em sede de transação penal, antes do próprio oferecimento da denúncia (artigo 76, *caput*, da Lei 9.099/95). Logo, impõe-se a “pena” antes de qualquer contraditório ou de qualquer instrução probatória: basta que o *Parquet* a proponha, o réu consinta e o juiz penal homologue. O *devido processo penal consensual* é, portanto, uma “especialidade anômala” do devido processo penal no plano constitucional, mais compromissória e “*a priori*” menos garantista, reservada para a pequena criminalidade e haurida diretamente do artigo 98, I, da CRFB (que preordenou a oferta de transação em infrações penais de menor potencial ofensivo¹⁴⁵⁸). Mas esse modelo se espalhou, de certo modo, até para as infrações penais de *médio* potencial ofensivo (aqueles com penas mínimas cominadas não superiores a um ano, abrangidas ou não pela Lei dos Juizados Especiais), em razão do instituto da *suspensão condicional do processo* (*ut* artigo 89 da Lei n. 9.099/95), pelo qual, à mercê da proposta do Ministério Público e do aceite do réu, o juiz penal recebe a denúncia mas suspende o processo, por dois a quatro anos, estabelecendo um período de prova durante o qual o acusado deverá reparar o dano (salvo impossibilidade de fazê-lo), manter-se nos limites da comarca (salvo autorização judicial em contrário), comparecer pessoal e periodicamente a juízo para justificar atividades e, nos limites da decisão, abster-se de frequentar certos lugares. Vencendo o período de prova, o juiz declara “*extinta a punibilidade*” (artigo 89, §5º), num processo em que igualmente jamais houve contraditório ou produção de provas.

Essa “novidade” recebeu dos tribunais a mais pacífica aceitação; no entanto, fez acender na doutrina um sinal de alerta, ante a “deformação” localizada do devido processo penal, tentada — e por vezes consumada — em outros setores, por razões de política criminal e sem amparo constitucional explícito. Esses arroubos de “relativização” do devido processo penal tem merecido a acerba censura da maior parte da doutrina, que rejeita a ideia de modelos processuais *alternativos* ao devido processo penal,

¹⁴⁵⁸ Que a lei brasileira hoje define como aquelas para os quais “*a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*” (artigo 61 da Lei n. 9.099/95, na redação da Lei n. 11.313/2006; antes, esse limite era de *um ano*).

nomeadamente quando desbordam dos estritos limites constitucionais. Para L. F. GOMES¹⁴⁵⁹,

“Essa especificação do devido processo criminal [o “devido processo consensual”] no *ius positum* brasileiro tornou-se imperiosa desde o momento em que, pela Lei 9.099, de 26.09.1995, fundada no art. 98, I, da Constituição Federal, inaugurou-se o sub-sistema penal alternativo consensual nas denominadas *infrações penais de menor potencial ofensivo*. Aliás, também admite uma “solução” consensuada, regida por isso mesmo pelo *devido processo consensual*, uma boa parte das infrações penais de *médio potencial ofensivo*. Para a outra parte das infrações médias, assim como para as infrações de natureza grave, o que existe juridicamente projetado é o conjunto normativo procedimental clássico, integralmente regulado pelo devido processo penal. Para completar esse superficial panorama do sistema jurídico brasileiro, urge ainda pôr em relevo que **tanto o legislador como os tribunais, lamentavelmente com certa frequência, são também protagonistas da criação de um *indevido processo* (“*emergencial*”). Não são poucas as manifestações dessa anomalia (leis dos crimes hediondos, lei do crime organizado, lei de lavagem de capitais etc.) [...]**”.

Ademais, apontando para a vocação de *universalidade* das garantias do devido processo penal, de um lado, e acenando, de outro, para a *assimilação constitucional* dos conteúdos deontológicos infraconstitucionais pela “*due process clause*” (formando-se um “bloco de constitucionalidade” processual penal), leciona o mesmo autor:

“[...] como *princípio geral de direito* que é, construído a partir de uma complexa conjugação de muitos outros princípios e normas, impende sublinhar que o *devido processo*, sob a perspectiva interna (*rectius*: intrinsecamente), conta com regras e normas de *status* constitucional (*processo de constitucionalização*) e internacional (*internacionalização*), além evidentemente das que estão em nível infraconstitucional (*legalização*). A garantia do devido processo, como se vê, é constituída de um emaranhado de normas (bem como de princípios, regras e proibições)”¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁹ Luiz Flávio Gomes, “As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório”, in *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp.183 e ss.

¹⁴⁶⁰ Gomes, “As garantias...”, pp.182-183.

É debate doutrinário momentoso, pois, se o *devido processo penal* é um modelo constitucional universal, monolítico e intransigente — exceto pelo *devido processo consensual* de explícita (e estrita) previsão constitucional¹⁴⁶¹ —, ou se o legislador teria aí algum poder de conformação, à vista das idiosincrasias da criminalidade universal (crime organizado, terrorismo, delinquência ambiental, etc.). A solução, a nosso sentir, gravita em torno da *dimensão substancial* da cláusula do devido processo: haverá flexibilizações possíveis, no horizonte das ponderações concretas, mesmo que não descritas constitucionalmente; mas, em todo caso, preservando-se o *núcleo essencial irreduzível* (“*Wesenskern*”) da garantia, que examinaremos adiante (§25º).

III. E quais direitos ou garantias estão explícita e implicitamente compreendidos no conceito de devido processo penal? Diz-nos BACIGALUPO ZAPATER¹⁴⁶², à guisa de advertência, que a expressão “*proceso con todas las garantías*”, como aparece no artigo 24, 2, da Constituição espanhola, deve ser entendida como um aspecto do “*debido proceso*” (ou, no que agora nos interessa, *devido processo penal*). Mas não se trata de uma garantia “nacional”: ratificando aquele caráter *universal* que o princípio deve ter, o autor espanhol afirma que o devido processo legal procedimental é, na verdade, um conjunto de princípios de natureza *suprapositiva* e *supranacional*, que provém de conquistas culturais históricas da civilização, como o fim dos procedimentos inquisitoriais, da tortura como meio de prova, dos sistemas tarifários de provas (v., *supra*, tópico 1.1, n. II), da formação de convencimentos judiciais com base em atas escritas e subtraídas do controle público, etc. Logo, o devido processo penal é “*como la noción misma de Estado democrático de*

¹⁴⁶¹ No Brasil, em matéria de pequena criminalidade e devido processo consensual, o “explicitamente previsto” cingia-se, a rigor, à *transação penal* (artigo 98, I, *in fine*, da CRFB), pois a suspensão condicional do processo — também conhecida como “*sursis*” processual — não está no texto constitucional. Eis uma hipótese em que não se pode perder de vista o critério da proporcionalidade (pela necessária interação entre o devido processo legal *formal* e *substantivo*): evidentemente, uma alternativa processual que impeça o cárcere — como é o “*sursis*” processual — atenderá melhor ao direito fundamental em jogo (a **liberdade**) do que um outro modelo (o próprio modelo “puro”) que preserve todas as garantias, mas deixe em aberto a possibilidade da increpação penal (com a perda da primariedade, o estigma social da condenação e todos os prejuízos que a sentença pode trazer, a par da própria execução da pena imposta). Nesse encaixe, a solução proporcional e concordante (HESSE) é mesmo aquela da Lei n. 9.099/95 (tanto para a transação como para a suspensão condicional do processo): no limite, abre-se ao réu a alternativa de *recusar* a proposta do Ministério Público e seguir com as ulteriores fases do processo penal, arriscando-se a uma sentença condenatória mas exercendo plenamente o direito ao contraditório, o direito de prova, o direito ao duplo grau de jurisdição (perante turmas de juízes de primeiro grau), etc.

¹⁴⁶² Enrique Bacigalupo Zapater, “*La noción de un proceso penal con todas las garantías*”, in *Derechos procesales...*, pp.461-546 (especialmente p.464).

Derecho, un concepto previo a toda la regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente”.

Entre os princípios-garantias que compõem tal “referência reguladora” e que se leem como direitos subjetivos públicos, ZAPATER aponta — sem ser exaustivo, diga-se (porque segue o esquema exegético do artigo 24 da CE) — nove deles: o direito à tutela judicial efetiva (o que significaria, para ele, o direito de acesso à jurisdição e o direito aos recursos previstos na lei; para nós, vai bem além disso, como diremos oportunamente); o direito de defesa, incluindo o direito à defesa técnica (“*asistencia letrada*”); o direito de ser informado da acusação (como pressuposto lógico do próprio direito de defesa); o direito a um processo público; o direito a ser julgado sem dilações indevidas (i.e., a duração razoável do processo penal); o direito de utilizar os meios de prova pertinentes (também parte integrante do direito de defesa, se se preferir, e sem perder de vista os balizamentos aqui subministrados pelo princípio da proporcionalidade¹⁴⁶³); o direito de não se autoacusar e de não se confessar culpado; o direito ao juiz natural (“*juez ordinario predeterminado por la ley*”); e o direito a ser presumido inocente.

No entanto, de uma maneira bem mais ampla — e voltando a seguir de perto com L. F. GOMES¹⁴⁶⁴ —, podem-se arrolar, entre as chamadas *garantias mínimas* do devido processo penal, as seguintes (dispostas ao longo da sua classificação, já vista *supra*¹⁴⁶⁵, entre *garantias relacionadas à jurisdição* [1], *garantias relacionadas às partes* [2], *garantias relacionadas às provas* [3], *garantias relacionadas ao processo* [4], *garantias relacionadas às medidas cautelares processuais penais* [5], *garantias relacionadas à execução penal* [6] e *garantias relacionadas ao devido processo penal consensual* [7], todas listadas em blocos e separadas respectiva e sucessivamente por seus números):

¹⁴⁶³ *Idem*, pp.501-504. *In verbis* (p.501): “El principio de proporcionalidad tiene una especial significación en el ámbito de la instrucción de un proceso garantizador de límites derivados de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad se deduce del art. 1º CE, que define al Estado español como un Estado de Derecho, entre cuyos valores superiores se encuentra la justicia, en el que la dignidad de la persona es uno de los fundamentos del orden político (art. 10.1 CE) y en el que la limitación legal de los derechos fundamentales está condicionada por el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE)”. Ora, é esse mesmo o quadro constitucional em vigor no Brasil e, “*a fortiori*” (pela expressa garantia constitucional do conteúdo essencial), em Portugal; logo, as ilações não podem aqui ser discrepantes.

¹⁴⁶⁴ Gomes, “*As garantias...*”, *passim* (Capítulo VI).

¹⁴⁶⁵ V. tópico 10.4.3, n. IV.

(1) a garantia do acesso à jurisdição; a garantia do juiz natural; a garantia do juiz independente e imparcial; a garantia da decisão fundamentada “*secundum ius*” e “*secundum petitum*” (o que justifica, p.ex., os regimes legais da “*emendatio libelli*” e da “*mutatio libelli*” no Brasil: artigos 383 e 384 do CPP, com as alterações da Lei n. 11.719/2008, voltadas precisamente à melhor consecução da garantia); a garantia do recurso (duplo grau de jurisdição — *supra*, tópico 16.4) e a proibição da “*reformatio in peius*”; a garantia da efetividade das decisões (assim, e.g., a imediata soltura em caso de concessão de *habeas corpus*);

(2) a garantia da igualdade de armas ou do tratamento paritário; a garantia da ampla defesa; a garantia de ser informado pessoalmente da acusação; a garantia da autodefesa: a garantia da defesa técnica; a garantia da defesa com tempo e meios adequados; a garantia da vedação do cerceamento da defesa (que, a nosso ver, não é uma “garantia” autônoma, mas apenas o consectário lógico das garantias do contraditório e da ampla defesa); a garantia da não autoincriminação (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”);

(3) a garantia da presunção de inocência; a garantia da “legalidade” da comprovação da culpabilidade; a garantia da “judicialidade” da comprovação da culpabilidade;

(4) a garantia do modelo acusatório de processo (i.e., a vedação de modelos processuais inquisitoriais, limitando o poder de conformação legislativa do processo penal); a garantia do contraditório; a garantia do processo público; a garantia da oralidade; a garantia da duração razoável do processo; a garantia do “*non bis in idem*” processual (vedação do “*double jeopardy*” na esfera processo-procedimental);

(5) as garantias da estrita legalidade e da necessidade da prisão; a garantia da ordem de prisão cautelar escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; a garantia da liberdade provisória (com ou sem fiança, nos termos da lei); as demais garantias de procedimento e de indenidade na custódia;

(6) a garantia da legalidade da execução penal; a garantia da jurisdicionalidade da execução penal (amiúde ameaçada nas recorrentes propostas de uma execução penal “administrativa”, em que o papel de controle do juiz seja externo e episódico); e

(7) as garantias mínimas próprias do devido processo consensual (que decorrem basicamente do teor da Lei n. 9.099/95, exceto — na pequena criminalidade — pelo direito à proposta de transação penal e pelo direito a um duplo grau de jurisdição penal específico, esses dois assegurados pelo artigo 98, I, da CRFB).

Tem-se, com isso, um quadro mais completo e bem acabado do que a “*due process clause*” engendra no processo penal (ou, em certa medida, até mesmo antes¹⁴⁶⁶ e fora¹⁴⁶⁷ dele).

¹⁴⁶⁶ Referimo-nos aqui ao *inquérito policial*, que não tem natureza jurisdicional (v., no Brasil, os artigos 4º a 23 do CPP), sendo antes um procedimento administrativo-investigatório das polícias judiciárias; nada obstante, é apto a afetar direitos fundamentais como a liberdade, a imagem e a honra da pessoa averiguada ou indiciada. Há garantias do devido processo penal nesse caso? O averiguado/indiciado pode se fazer acompanhar por advogado em suas oitivas, pode exercer o seu direito ao contraditório ou mesmo pedir a produção de provas no seu interesse? A jurisprudência do TEDH não deixaria dúvidas a respeito (*supra*, n. I); mas, na doutrina brasileira, existem grandes hesitações. Em alguns casos, a *lei ordinária* garantiu, “*de per se*”, aspectos do devido processo penal (como, p.ex., o direito de o investigado estar sempre na companhia de advogado e de tê-lo com franco acesso aos autos de inquérito: artigo 7º, incisos VI, “b”, VII e XIV, da Lei n. 8.906/94 — Estatuto da Advocacia); em outros tantos, porém, remanesce a dúvida e o embate de ideias é intenso. De nossa parte, estamos em que **alguns consectários do devido processo penal podem ter aplicabilidade mitigada aos inquéritos policiais e afins**; o que significa, inclusive, a “*necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o [completo] contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração do habeas corpus*” (Scarance Fernandes, *Processo...*, pp.59-60); além disso, é de se exigir a participação dialética em certos momentos estratégicos do inquérito (como, e.g., nas perícias e, segundo pensamos, nos interrogatórios). É certo constar, do texto constitucional brasileiro (artigo 5º, LV), que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes*” — embora, para o próprio SCARANCE (p.59), o inquérito policial não consubstancie um *processo administrativo*, mas um mero *procedimento*. Aqui, porém, o debate torna-se circular: será *processo administrativo* se efetivamente houver nele contraditório e relações jurídicas sistemáticas entre Estado e investigado (cuja existência, parece-nos, não se pode negar, ainda que esmaecida). Voltaremos a isso no tópico 28.2, n. III.

¹⁴⁶⁷ Como dito há pouco (n. I), esses *standards* podem inclusive aplicar-se, com adaptações, a **processos ou procedimentos administrativos** (como o próprio inquérito policial, à maneira da nota anterior), dependendo da natureza da infração e da gravidade da sanção administrativa predisposta. A jurisprudência do TEDH o reconhece para sanções disciplinares penitenciárias, sanções fiscais, aduaneiras e financeiras punitivas, etc. No Brasil, da mesma forma, a ampla defesa e o contraditório — aspectos do próprio devido processo formal — estão garantidos mesmo nos *processos administrativos* (artigo 5º, LV, da CRFB); e, por outro lado, a cláusula do devido processo (artigo 5º, LIV) garante a pessoa contra a *deprivação* (da liberdade ou dos bens), sem especificar em que condições ou sob qual autoridade estatal. E não é diverso o quadro nos países de

16.5.3. NO PROCESSO DO TRABALHO

I. Em princípio, não haveria especificidades para o processo do trabalho no que diz com o devido processo formal: aplicar-se-iam aquelas mesmas garantias reservadas ao processo civil — gênero ao qual pertence como espécie —, com igual alcance e sentido. No Brasil, todavia, pequena parte da doutrina tem se esmerado em construir, sob a inspiração da especialidade processual penal, um conceito de “*devido processo laboral*”. Dedicamos a isso nossa própria cota de empenho¹⁴⁶⁸, partindo do pressuposto de que existem, entre os princípios fundamentais que estão na base do processo do trabalho (e que no Brasil dimanam de uma imediata ancoragem constitucional), alguns que revelam *especificidades*, senão pelo conteúdo, ao menos pela intensidade irradiante (assim, *e.g.*, o princípio da efetividade, o princípio da conciliabilidade e o princípio da oralidade). Mas são todos princípios que podem ser facilmente reconhecidos em quaisquer dos ritos trabalhistas, a maioria dos quais com funções de garantia.

Eis os *princípios-garantias* que temos enunciado para o processo laboral, na perspectiva da legislação brasileira:

- princípios-garantias da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV, da CRFB);
- princípio-garantia da efetividade da jurisdição (implícito ao artigo 5º, LIV, da CRFB);

tradição anglo-saxônica. Basta ver que, quando GALLICAN trata dos “*fair procedures*” em sua conhecida obra (*Due Process...*, *passim*), não está a tratar de procedimentos judiciais, mas sobretudo de *procedimentos administrativos* (donde o subtítulo da obra: “*A Study of Administrative Procedures*” — *g.n.*). V., ademais, Vera Scarpinella Bueno, “*Devido processo legal...*”, pp.13-79; Vladimir da Rocha França, “*Contraditório e invalidação...*”, pp.187-226; Marialva de Castro C. Schlucking, “*O devido processo legal e o controle da constitucionalidade no processo administrativo fiscal*”, in *Teoria...*, Didier Jr., Ferreira Jordão, pp.653-664. A última chega a sugerir, confundindo as dimensões material e formal do devido processo, que os próprios órgãos administrativos, em seus procedimentos internos, podem se pronunciar sobre a *inconstitucionalidade* das normas: “[...] o exame da inconstitucionalidade das leis, no processo administrativo, [...] decorre de exigência dos princípios da Supremacia da Constituição e do Devido Processo Legal, especialmente no que concerne à Ampla Defesa” (p.663). Pouco antes, dizia que “o exercício da ampla defesa por parte do interessado é indispensável à validade do próprio processo administrativo e, conseqüentemente, indispensável também à validade do crédito tributário [que se impõe ao processado]. Porém, cumpre assinalar que a garantia da ampla defesa compreende muito mais que a simples defesa da parte: uma defesa ampla é uma defesa sem restrição” (p.657).

¹⁴⁶⁸ Cf. Guilherme Guimarães Feliciano, Jorge Luiz Souto Maior, Gerson Lacerda Pistoria, Manoel Carlos Toledo Filho, *Fênix: Por um novo processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 2011, *passim* (no prelo).

- princípio-garantia do juiz do trabalho natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, da CRFB), ao qual se somam as garantias da imparcialidade e da independência funcional;
- princípio-garantia da publicidade (artigo 5º, LX, artigo 93, IX, da CRFB, e artigos 770, *caput*, e 813, *caput*, da CLT);
- princípio-garantia da ação (artigo 5º, XXXV e LIV, CRFB);
- princípio-garantia da oficialidade (explícito no artigo 878 da CLT e implícito tanto ao artigo 5º, LIV, da CRFB como a vários outros preceitos da CLT, como *e.g.* o artigo 765);
- princípio-garantia da conciliabilidade¹⁴⁶⁹ (explícito na CLT — artigo 764, §1º — e outrora explícito no artigo 114, *caput*, da CRFB, anteriormente à EC n. 45/2004, estando hoje imanente ao artigo 5º, LXXVIII, *in fine*, e ao artigo 114, §2º, ambos da CRFB);
- princípio-garantia da instrumentalidade das formas (implícito ao artigo 5º, LIV e LXXVIII, da CRFB);
- princípios-garantias da celeridade processual e da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB e artigo 765 da CLT¹⁴⁷⁰);
- princípio-garantia do devido processo laboral (artigo 5º, LIV, CRFB).

Além desses, há outros igualmente realçados no processo do trabalho, ainda que sem funções imediatas de garantia. Citem-se, por exemplo, o *princípio da simplicidade*, praticamente universal em todos os procedimentos trabalhistas¹⁴⁷¹, e o *princípio da*

¹⁴⁶⁹ Hoje consideramos o princípio da conciliabilidade uma verdadeira **garantia processual**, no âmbito do processo do trabalho (e quiçá fora dele), em função da ênfase que historicamente mereceu da legislação (artigo 764, §1º, da CLT: “[...] os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos”) e que hoje recebe do próprio Conselho Nacional de Justiça (com as campanhas anuais do “*Conciliar é Legal*”): colocado nesses termos, o explícito favorecimento sistêmico às conciliações é, a um tempo, garantia de uma *solução célere* (razão pela qual o princípio também emana do inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB), *não litigiosa e consensualmente justa*.

¹⁴⁷⁰ *In verbis*: “Os Juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e **velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas**” (*g.n.*). Observe-se que os princípios da *celeridade* e da *duração razoável* — que também aparecem separados em outros sistemas, como parece ser o caso do próprio sistema constitucional português (v. artigo 20º, 4 e 5 da CRP: respectivamente, direito ao “prazo razoável” em qualquer causa e direito à “celeridade e prioridade” na defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais) — não se confundem: a celeridade diz sempre com a economia de tempo, enquanto a duração razoável diz com a lógica do tempo necessário (em causas complexas, um julgamento impropriamente célere e superficial comprometerá a justiça da decisão e representará, a despeito da celeridade, a violação do princípio da duração razoável).

¹⁴⁷¹ Apenas entre as legislações de língua portuguesa, vejam-se o artigo 73º, 2 e 3, do CPT (Portugal), o artigo 42º, 2, do Código de Processo do Trabalho de Macau e os artigos 850, par. único, 851, *caput* e §1º, 852-F e 852-I, *caput*, todos da CLT.

oralidade, que se manifesta difusamente por todo o Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, ante as respectivas estruturas de rito (predomínio da palavra falada, concentração dos atos processuais, identidade física do juiz¹⁴⁷², irrecorribilidade das decisões interlocutórias). Ou, ainda, o chamado *princípio da ultrapetição/extrapetição*, recorrente em diversos modelos nacionais de processo do trabalho (como, por exemplo, o português — artigo 74º do CPT¹⁴⁷³ —, conquanto apenas intuitivo no sistema brasileiro¹⁴⁷⁴).

II. E o que seria, afinal, o *devido processo laboral*? O que tem sido para os demais ramos do direito processual: o *princípio-síntese* das garantias processo-procedimentais constitucionais e legais no marco da sua especialidade.

Com efeito, reportamos no tópico anterior o esforço dos processualistas penais em sintetizar, nos anos oitenta e noventa do século passado, uma particularização do conceito de devido processo legal formal, chegando à concepção do chamado devido processo penal. Nessa alheta, e com iguais pretensões, temos designado por **devido processo laboral** o princípio de que decorre

“a concordância harmônica de todos os demais princípios do processo do trabalho para a obtenção, em tempo razoável, da justa composição do litígio perante o juiz do trabalho natural, independente e imparcial, a que as partes acederão em condições de pleno acesso à Justiça, atendendo-se a que as garantias processuais do réu jamais obstem a satisfação ideal dos direitos sociais violados ou a satisfação integral dos créditos alimentares sonegados”.

¹⁴⁷² Que restou, todavia, comprometido pela equivocada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (v. Súmula n. 136 do TST: “*Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz*”).

¹⁴⁷³ *In verbis*: “**Condenação extra vel ultra petitum.** O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho”. No mesmo sentido, aliás, vai o artigo 42º, 3, do Código de Processo do Trabalho de Macau (“*O tribunal pode condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diferente do dele, sempre que isso resulte da aplicação à matéria de facto de preceitos inderrogáveis das leis ou regulamentos*”), provavelmente por influência do modelo português.

¹⁴⁷⁴ Como, porém, já está reconhecido em diversos ensejos (v., p.ex., a Súmula n. 396, II, do C.TST, pela qual “[n]ão há nulidade por julgamento extra petita da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT”), propúnhamos a sua positivação no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho, no que seria o artigo 762-C, §4º, I e II, da CLT (G. G. Feliciano *et al.*, *Fênix...*, *passim*).

O texto — que consta do Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho da Magistratura do Trabalho da Décima Quinta Região¹⁴⁷⁵, no que seria o artigo 762-C, §1º, XI, e §15º, da CLT — propõe a construção de uma base deontológica e epistemologicamente segura para a interpretação e a integração do subsistema processual trabalhista, que servirá de ponto de partida às ulteriores derivações conceituais e pragmáticas de doutrina e jurisprudência trabalhistas. Reúnem-se no conceito tanto a *dimensão procedural* (= juiz do trabalho natural + independência funcional + imparcialidade subjetiva + tempo razoável) como a *dimensão substantiva* (= satisfação ideal de direitos sociais e/ou satisfação integral de créditos alimentares, i.e., efetividade). Avança-se, ademais, para declarar a preeminência axiológica que o distingue, p.ex., do devido processo penal: o vetor garantista acompanha o sentido do princípio da efetividade da jurisdição — e não o dos princípios do contraditório e da ampla defesa —, porque o principal interesse material em jogo é o *valor social do trabalho* e a *satisfação de créditos alimentares* (salários e afins), e não a liberdade ou a indenidade patrimonial dos réus, que não podem se servir de garantias processuais como mero fator retardatário à satisfação alimentar alheia.

§ 17º. “*PROCEDURAL FAIRNESS*” E ABUSO DE DIREITOS PROCESSUAIS: A REPULSA DO “INDEVIDO PROCESSO”

I. Se há um *devido processo legal (formal)*, haveria também, por lógico antipodismo, um *indevido processo legal*? A expressão pareceria encerrar uma “*contradictio in terminis*”, já que um processo indevido não poderia ser “legal”. Engano. O processo — ou mais exatamente os poderes, direitos e faculdades que decorrem de posições processuais — pode se desenvolver nos limites aparentes da lei, segundo as formas e os modos descritos (de atos, ritos, prazos, séries, etc.), mas servir a propósitos escusos ou precipitar resultados danosos, pela propensão subjetiva maliciosa de quem nele atua, pela

¹⁴⁷⁵ O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região tem jurisdição trabalhista em todo o interior e no litoral do Estado de São Paulo, excetuando-se apenas a região metropolitana de São Paulo (capital e cidades adjacentes) e a baixada santista, que permaneceram sob a competência do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. O texto completo do anteprojeto consta de G. G. Feliciano *et al.*, *Fênix...*, Parte II.

violação de padrões gerais de comportamento exigíveis ou mesmo pela contrariedade global com o sistema que o abriga. Em tais casos, poderemos ter inclusive um processo formalmente “legal” (no todo ou em parte); mas decerto será *indevido*, por não se prestar à finalidade última do instrumento, que é a justa composição do litígio¹⁴⁷⁶. O que nos conduz, na expressão emprestada dos autores de língua inglesa, ao debate dos “*fair procedure*” (e da “*procedural fairness*”). Como há pouco dizíamos, o *devido* processo legal formal tem de ser justo e équo (*supra*, tópico 16.1, n. III).

Uma vez que, a tal respeito, acepções mais amplas são sempre possíveis e amiúde desejáveis (GALLIGAN¹⁴⁷⁷), convém principiar com accertamentos conceituais. Entenderemos por “*procedural fairness*”, para os propósitos deste tópico, o conteúdo deontico-axiológico de suficiente *confiança*, *boa-fé* e *cooperação* que deve guiar todos os sujeitos que intervêm em um processo/procedimento (autoridades, partes, terceiros, auxiliares). Esse conceito *estricto*, no entanto, deve ser contraposto a uma acepção mais ampla, comum à tradição britânica, pela qual “*procedural fairness*” (ou “*natural justice*”) corresponde ao conjunto de regras ou princípios que

“[...] have developed to ensure that decision-making is fair and reasonable. Put simply, natural justice involves decision-makers **informing people of the case against them or their interests, giving them a right to be heard** (the ‘hearing’ rule), **not having a personal interest in the outcome** (the rule against ‘bias’), and **acting only on the basis of logically probative evidence** (the ‘no evidence’ rule)”¹⁴⁷⁸.

Esse conceito extenso importa, entre outras coisas, que os juízos e tribunais adotem procedimentos como os seguintes:

“• inform any person:

“– whose interests are or are likely to be adversely affected by a decision, about the decision that is to be made and any case they need to make, answer or address

¹⁴⁷⁶ V., por todos, Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.31-35.

¹⁴⁷⁷ *Due Process...*, pp.52 e ss. (especialmente pp.62-82).

¹⁴⁷⁸ “*Natural Justice/Procedural Fairness*”, in *Public Sector Agencies*, Sydney, NSW Ombudsman, [s.d.], *fact sheet* n. 14, p.01 (disponível em http://www.ombo.nsw.gov.au/publication/PDF/factsheets/FS_PublicSector_14_Natural_Justice.pdf, acesso em 16.02.2011 — g.n.).

“– who is the subject of an investigation (at an appropriate time) of the substance of any allegations against them or the grounds for any proposed adverse comment in respect of them

“• provide such persons with a reasonable opportunity to put their case, or to show cause, whether in writing, at a hearing or otherwise, why contemplated action should not be taken or a particular decision should or should not be made

“• consider those submissions

“• make reasonable inquiries or investigations and ensure that a decision is based upon findings of fact that are in turn based upon sound reasoning and relevant evidence

“• act fairly and without bias in making decisions, including ensuring that no person decides a case in which they have direct interest

“• conduct an investigation or address an issue without undue delay”¹⁴⁷⁹.

Assim se compreende, portanto, a “*procedural fairness*” em *sentido amplo*. Já no *sentido estrito* — que é o aqui perfilhado —, significará basicamente o que várias legislações protegem, na esfera processo-procedimental, sob o manto da “*good faith clause*” (“*boa-fé*”, “*bona fides*”, “*buone fede*”, “*Treu und Glaube*”, etc.) — seguindo de perto a opção de sentido de TARUFFO¹⁴⁸⁰ — e do próprio *dever geral de cooperação*. Mesmo o conceito *estrito* de “*procedural fairness*” é dilargado: tanto pode abarcar a *litigância de má-fé* em acepção tópica e positiva (= *má-fé endoprocessual*), a exemplo daquela descrita nas hipóteses do artigo 17 do CPC brasileiro, como abarcará também os casos de *assédio processual*, mais abrangentes, em que o processo é instrumentalizado para fins diversos exteriores daquele para o qual está vocacionado (i.e., prover jurisdição). Já o conceito amplo, de “*natural justice*”, quase se rivaliza com o próprio conceito de “*procedural due process*” (tópico 16.1, n. I). Daí o descartarmos, a bem da precisão terminológica.

¹⁴⁷⁹ *Idem, ibidem*. V. também, *supra*, a nota n. 1374.

¹⁴⁸⁰ Com esse sentido mais estrito cf., por todos, Michele Taruffo (ed.), *Abuse of Procedural Rights*, p.05.

Começemos com o cotejo luso-brasileiro, para desde logo perceber que trilharam sendas paralelas¹⁴⁸¹.

II. Em Portugal, o *dever de cooperação* das partes e de terceiros está insculpido no artigo 519º do CPC, com os seguintes dizeres:

“1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

“2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 344º do Código Civil¹⁴⁸².

“3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- “a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;
- “b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;
- “c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no nº 4.

“4. Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

Esses deveres decorrem do *princípio geral de cooperação* (processual) que dimana do artigo 266º, 1, do CPC. *In verbis*:

“1. Na condução e intervenção no processo, **devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si**, concorrendo para se obter,

¹⁴⁸¹ Cf. a respeito, para mais detalhes, G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópico 1.2.

¹⁴⁸² Reza o artigo 334º do Código Civil português: “1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. 2. Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”.

com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (g.n.).

Ambos os preceitos se associam, ademais, ao princípio geral de boa-fé que irradia do artigo 266º-A do mesmo diploma:

“**As partes devem agir de boa fé** e observar os deveres de cooperação do preceituado no artigo anterior” (g. n.).

Como dissemos alhures¹⁴⁸³, o princípio da cooperação processual, como disposto nos artigos 266º e 519º do CPC português, é, a um tempo, *princípio jurídico (normativo)* e *princípio hermenêutico*. O caráter de princípio decorre, a um tempo, do seu elevado grau de abstração, do seu grau de determinabilidade (a recomendar mediações concretizadoras — como são, na espécie, os artigos 519º, 2 a 4, e 528º do CPC, ou o artigo 6º da Lei 45/2004), de sua fundamentalidade no ordenamento jurídico-processual e de sua “proximidade” com a ideia de direito no processo (= justa composição do litígio), como também de sua aptidão para entabular a interpretação de outras normas (em contraposição à concreção e à alta determinabilidade das normas-regras). E, nessa qualidade, pode *respaldar diretamente* as decisões judiciais concretas, como também pode simplesmente desempenhar uma *função argumentativa*.

Do princípio da cooperação decorrem, como visto, deveres processuais com maior ou menor concreção. Desenvolvendo-o, o n. 1 do artigo 519º estabelece o dever, das partes e de terceiros, de se submeterem às inspeções necessárias, de facultarem o que lhes for requisitado e, em geral, de praticarem os atos que lhes forem determinados em contraposição a esse dever de colaborar, o Código português elenca *três exceções legais* (artigo 519º, 3), que todavia não são absolutas (e nem poderiam ser, à mercê do devido processo substancial e da proporcionalidade): é legítima a recusa se a obediência à ordem judicial importar em *violação da integridade física ou moral* da pessoa, em *intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*, ou ainda se importar em *violação de segredo profissional, funcional e de Estado*. Quanto ao sigilo profissional (incluso o *religioso*), funcional e estatal, o próprio n. 4 autoriza a

¹⁴⁸³ G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópico 1.2.

discussão da legitimidade da escusa, nos termos da regulação processual penal (artigos 135º a 137º). E, quanto às hipóteses das alíneas “a” e “b” do n. 3, todas ligadas à tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana (artigos 25º, 1, 34º e 35º da CRP), as exceções ora se apresentam “*in abstracto*”, dispersas pela legislação — *e.g.*, a condução “*manu militari*” da testemunha à audiência (artigo 629º, 3, do CPC português e artigo 412, *caput*, do CPC brasileiro) ou a colheita de prova processual penal por interceptação telefônica autorizada¹⁴⁸⁴ —, ora se revelam “*in concreto*” nos processos judiciais, a depender dos interesses materiais em jogo). De se ver, ademais, que a eventual incompatibilidade entre a ordem judicial de cooperação e a indenidade de um direito fundamental, ainda que venha a autorizar a recusa e impeça a utilização de meios coercivos, não decorre da suspensão do dever de cooperar, mas apenas da sua inexecutabilidade¹⁴⁸⁵.

LOPES DO REGO observa, a propósito, que as cláusulas gerais do artigo 519º, 3, exigem do intérprete, no processo intelectual de densificação da norma, a devida cautela e a ponderação (o que significará, para nós, carrear à compreensão formal do devido processo a sua dimensão substancial). Ilustra essa necessidade com as ações situadas no domínio da vida privada dos litigantes (divórcio, guarda, filiação, etc.), chegando a sustentar — com arrimo no acórdão n. 263/97 do Tribunal Constitucional — que a recolha de elementos probatórios em ação de divórcio pode justificar restrições à reserva da vida privada e

¹⁴⁸⁴ Em Portugal, artigo 34º, 4, *in fine*, da CRP, e artigos 187º a 190º do CPP (admitindo a interceptação e a gravação); no Brasil, artigo 5º, XII, *in fine*, da CRFB e artigo 1º da Lei 9.296/96. No sistema brasileiro, a constitucionalidade/legalidade de *gravações unilaterais* por um dos interlocutores da conversa telefônica ainda é polêmica. Pela admissibilidade, já se pronunciou episodicamente o STF (HC n. 75.338/RJ, rel. Min. NELSON JOBIM, 11.03.1998, *in* Informativo STF 124/2; HC n. 74.356-1-SP, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, 10.12.1996, *in* RT 743/550) e, em matéria cível, o próprio STJ (REsp n. 9012/RJ, Proc. n. 1991/0004503-9, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, 24.02.1997, *in* DJ 14.04.1997, p. 12735); a doutrina, por outro lado, revela hesitações (mas, no sentido afirmativo, cf. Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp.04-06). Distinguem-se, de todo modo, entre *gravação*, *escuta* e *interceptação*: nas gravações, o registro é efetuado por um interlocutor, enquanto nas escutas o registro é praticado por terceiro, com conhecimento de um dos interlocutores; já a interceptação é realizada por terceiro, sem conhecimento dos interlocutores.

¹⁴⁸⁵ Cf. Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p.360. *In verbis*: “Não significa isto que a parte ou o terceiro não estivesse efectivamente obrigado a colaborar com o tribunal, nos termos que lhe foram legitimamente determinados: o que se não configura como possível ou exigível é, perante a recusa em acatar espontaneamente o comportamento determinado, ocorrer realização coerciva da diligência instrutória tida por necessária — incorrendo consequentemente a parte nas outras sanções previstas na lei: multa (eventualmente por litigância de má-fé, se o comportamento da parte reveste suficiente gravidade), inversão do ónus da prova, se o meio probatório em causa for absolutamente essencial, de modo a que a recusa da parte tenha acabado por tornar impossível a prova à contra-parte, livre apreciação da recusa pelo tribunal, nos restantes casos”.

familiar (ou, na expressão do autor, “*alguma compressão adequada, de modo a não ampliar desajustadamente o domínio de protecção da norma constitucional*”), como, por exemplo, monitoração e documentação da vida amorosa extraconjugal¹⁴⁸⁶.

No que atine aos deveres de sigilo, LOPES DO REGO outra vez invoca o juízo de proporcionalidade ao observar que, na reforma de 1995/1996,

“A alteração mais relevante introduzida no âmbito do dever de cooperação para a descoberta da verdade consistiu em quebrar a automática e irrestrita oponibilidade em processo civil de todos os deveres de sigilo profissional — muito ampliados com o estabelecimento de crescentes “confidencialidades” dos dados pessoais mais variados, abrangendo cada vez mais aspectos atinentes à chamada “esfera pessoal simples” — de modo a permitir ao juiz a realização de um **concreto juízo de ponderação** entre o valor e os interesses tutelados por tais “sigilos” e a necessidade — e o interesse público fundamental — numa substancialmente correcta administração da justiça¹⁴⁸⁷.”

Assim, considerando que os *deveres de sigilo* podem apresentar três graus de relevância ou intensidade — a saber, reserva da *esfera pessoal íntima* do visado (p. ex., certos segredos médicos), *esfera privada simples* (p. ex., identificação, residência, situação patrimonial, etc.) e *esfera de confiança profissional* (p. ex., o segredo profissional do advogado; ou ainda, para LEBRE DE FREITAS, também o sigilo bancário, nos termos do artigo 135, 1, do CPP¹⁴⁸⁸) —, devem os tribunais ser especialmente cautelosos quando lhes for pedida a quebra dos sigilos que visem à tutela da esfera pessoal ou que assentem sobre a relação de confiança profissional, atentando para os artigos 135º a 137º do CPP. Por outro lado, devem preterir a “simples confidencialidade” (esfera privada simples) — que sequer tem previsão no artigo 519º, 3, “c” — sempre que o exigir a correcta administração da justiça¹⁴⁸⁹. Ademais, se suspeita ou contestada a legitimidade da recusa quanto ao sigilo profissional (excluído o religioso), aplica-se o disposto no processo penal português (artigo 135º, 2, 3 e 5 do CPP, c.c. artigo 519º, 4, do CPC), nos seguintes termos:

¹⁴⁸⁶ O aresto foi por nós referido *supra* (tópico 15.3, n. VII, e nota n. 1315).

¹⁴⁸⁷ Lopes do Rego, *op.cit.*, pp.362-363 (g.n.).

¹⁴⁸⁸ José Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado, Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, v. 2º, p.411.

¹⁴⁸⁹ Lopes do Rego, *op.cit.*, pp. 363-364.

(1) diante da dúvida ou da contestação, o juiz da causa procederá às investigações pertinentes, determinando, caso repute total ou parcialmente ilegítima a recusa, que a parte ou o terceiro coopere, modulando a forma devida¹⁴⁹⁰ (o CPP reporta-se apenas à “prestação do depoimento” — artigo 135º, 2, *in fine*, do CPP —, mas o artigo 519º, 1, do CPC tem amplitude maior), tudo sob as penas da lei;

(2) pode o tribunal “*ad quem*”, ademais, ser chamado a examinar os autos para eventualmente autorizar a cooperação “*com quebra do segredo profissional*”, tendo em vista o “princípio da prevalência do interesse preponderante” (artigo 135º, 3, *in fine*, do CPP), o que nada mais é que a positivação do princípio da proporcionalidade — logo, do “*substantive due process*” (ou ao menos de um de seus consectários) — para o caso das recusas de cooperação por dever de sigilo profissional;

(3) de todo modo, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal pressupõe a manifestação prévia do organismo representativo da profissão relacionada ao segredo profissional em causa (*e.g.*, a Ordem dos Advogados), sempre “*nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável*” (artigo 135º, 5, *in fine*, do CPP).

As *sanções* para a inobservância do dever de cooperação estão previstas no n. 2 do artigo 519º: **(a)** a imposição de multa pecuniária (igualmente admissível no Brasil, por aplicação da norma geral do artigo 14, par. único, do CPC, na redação da Lei 10.358/2001¹⁴⁹¹); **(b)** a execução específica do comando judicial, mediante coerção tendente à realização da conduta omitida (“*meios coercitivos que forem possíveis*”); **(c)** o

¹⁴⁹⁰ Assim, LOPES DO REGO: “[...] invocada a escusa e havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da invocação, é ao juiz da causa que compete proceder às averiguações necessárias e — caso conclua pela ilegitimidade da causa — determinar **a forma da cooperação** requerida” (*op.cit.*, p.363 [g.n.]).

¹⁴⁹¹ “*Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado*”. O inciso V deste artigo 14 considera dever “*das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*” o de “*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*”.

desfavor probatório, que pode terminar a *inversão do ônus da prova* quando a omissão da parte importar em impossibilidade de prova (artigo 344º, 2, do Código Civil português). Mesmas sanções têm guarida no sistema processual brasileiro, conquanto a sua base legal seja mais dispersa (artigo 14, par. único, artigo 125, III, e artigo 131 do CPC brasileiro). E, a par dessas todas, há ensejo legal para a sanção penal correspondente à desobediência de ordem judicial (nomeadamente, pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 388º, 1, do Código Penal português¹⁴⁹² ou do artigo 330 do Código Penal brasileiro¹⁴⁹³).

Na sistemática legal portuguesa, porém, o dever de cooperação, como positivado nos artigos 266º e 519º do CPC, não *esgota* a ideia de má-fé processual (embora nos pareça — e desde logo registamos — que, de modo geral, todo ato atentatório à boa-fé processual corresponda à violação do dever de cooperação processual, se apreendido em sua aptidão maior de “*transformar o processo civil numa ‘comunidade de trabalho’ e [...] responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados*”¹⁴⁹⁴). Assim é que, nos termos do artigo 456º, 2, do CPC, “[d]iz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave:

“a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;

“b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;

“c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;

“d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão”.

As alíneas “a” e “b” encerram modalidades *substanciais* de má-fé processual, enquanto as alíneas “c” e “d” encerram modalidades *instrumentais* (TEIXEIRA DE SOUSA¹⁴⁹⁵). Note-se, ademais, que a responsabilidade processual por má-fé atém-se às

¹⁴⁹² “*Quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisão até 1 ano e multa até 30 dias*”.

¹⁴⁹³ “*Desobedecer a ordem legal de funcionária público. Pena — detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*”. No Brasil, porém, a jurisprudência é hesitante quanto ao cabimento da pena criminal, quando já haja cominação e aplicação de sanções não penais para a espécie. Assim, por todos, cf. TRF 5ª Região, Inquérito n. 588-PB, Des. PETRÚCIO FERREIRA, un., 13.11.2002 (que acolhe e condensa essa tese): “*Ademais a doutrina e a jurisprudência têm rejeitado a possibilidade de cumulação de sanção extrapenal com a pena cominada ao crime de desobediência, a não ser que haja ressalva nesse sentido. Acusação improcedente*”.

¹⁴⁹⁴ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.62.

¹⁴⁹⁵ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.63.

partes, enquanto o regime sancionatório do artigo 519º, 2 aplica-se a *qualquer pessoa*, inclusive a terceiros não intervenientes chamados a cooperar.

Pelo descumprimento do dever intraprocessual de boa-fé, pode-se oficiosamente impor ao litigante ímprobo uma multa — que, conforme o artigo 27º, 1, do Regulamento das Custas Processuais aprovado pelo DL n. 34/2008 (com as modificações ulteriores), varia de meia a cinco unidades de conta (UC), podendo chegar a dez UC nos casos mais graves — e também se pode condená-lo a pagar uma indenização ao “*ex adverso*”, se este a pedir (artigo 456º, 1). Na última hipótese, a condenação poderá abranger **(a)** o reembolso de todas as despesas a que a má-fé tenha obrigado a parte contrária, inclusive os honorários de mandatários e técnicos; e **(b)** o reembolso das mesmas despesas anteriores, mais a satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé (artigo 457º, 1). Em todo caso, o juiz português poderá levar em consideração a gravidade *objetiva* e também *subjetiva* da conduta do litigante de má-fé — mesmo porque, com o advento da Reforma de 1995, “*alargou-se justificadamente o âmbito da má-fé processual aos casos de negligência grave*”¹⁴⁹⁶ (i.e., tanto se sanciona a litigância dolosa — o que já ocorria desde 1939 — como também a litigância temerária), abrindo-se ensancha a que o montante indenitário considere também o grau de censura subjetiva que a conduta ímproba concretamente desafie — e as perdas da parte prejudicada. Deverá fixar a indenização em quantia certa; mas, se julgar não ser possível fazê-lo de imediato, abrirá um breve lapso instrutório para esse efeito (com a oitiva das partes), após a sentença, para depois decidir prudencialmente, “*podendo reduzir-se aos justos limites as verbas de despesas e de honorários apresentadas pela parte*” (artigo 457º, 2). A multa, por sua vez, independe de quaisquer perdas experimentadas pela parte adversária. A imposição das reprimendas pressupõe, ademais, a *discussão prévia* dos seus pressupostos no processo, sob pena de violação à norma do artigo 3º, 3, do CPC (que deu positividade ao princípio do contraditório no âmbito do processo civil, vedando as “*decisões-surpresa*”¹⁴⁹⁷).

¹⁴⁹⁶ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.63.

¹⁴⁹⁷ Nesse sentido, cf. Lebre de Freitas, *Código...*, v. 2º, p.197 (citando ampla jurisprudência do Tribunal Constitucional). Dizê-lo, aliás, nada mais é que respaldar o “*procedural due process*” no “subsistema processual-sancionatório próprio” inaugurado pelos artigos 456º a 459º do CPC português (cf. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Litigância de Má Fé, Abuso de Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*, Coimbra, Almedina, 2006, p.28). V. também, do mesmo autor, *Da boa fé...*, pp.375-383.

Pode haver, outrossim, exercício abusivo de posições processuais em detrimento de terceiros ou da própria ordem pública, para o que se conluíam autor e réu. Instrumentaliza-se o processo para finalidades escusas ou impróprias, à margem do espírito da lei processual. Tem lugar então a norma do artigo 665 do CPC português: diante da convicção objetivamente fundada de que “*o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes*”. Há no Brasil ditame semelhante no artigo 129 do seu CPC.

Mas tampouco nas normas processuais civis que sancionam a litigância de má-fé e a falta com o dever de cooperação — que de resto servem subsidiariamente aos demais subsistemas processuais do ordenamento português — se exaure a capacidade de reação da ordem jurídica. Os autores portugueses têm apontado, com razão, a possibilidade de se configurar, ante o exercício acintoso ou desviado do direito de ação (e, “*a fortiori*”, de qualquer posição processual exercitável), a figura do *abuso de direito*, tipificada no artigo 334º do Código Civil português para combater o exercício disfuncional de posições jurídicas (COSTA E SILVA ¹⁴⁹⁸, MENEZES CORDEIRO ¹⁴⁹⁹, PEDRO DE ALBUQUERQUE¹⁵⁰⁰). Nesses casos, a conduta do sujeito atende às formas legais e está dentro dos aparentes limites de atuação das suas posições jurídicas, à vista da normatividade imediatamente regente; mas é todavia ilícita por contrariedade ao sistema jurídico globalmente considerado¹⁵⁰¹ (o que inclui os seus princípios estruturantes, os seus princípios-garantias e os seus princípios instrumentais).

Com efeito, dispõe o artigo 334º do CC que “[é] *ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”. Assim, se não estiverem presentes todos os elementos necessários à caracterização da litigância de má-fé — porque,

¹⁴⁹⁸ Ana Paula Mota da Costa e Silva, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, *passim*.

¹⁴⁹⁹ Menezes Cordeiro, *Litigância...*, *passim*.

¹⁵⁰⁰ Pedro de Albuquerque, *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo: A Responsabilidade por Pedido Infundado de Declaração da Situação de Solvência ou Indevida Apresentação por Parte do Devedor*, Coimbra, Almedina, 2006, *passim*.

¹⁵⁰¹ Menezes Cordeiro, *Litigância...*, pp.81-82.

se estiverem, o regime jurídico dos artigos 456º a 459º do CPC prevalecerá, por especial (“*lex speciali derogat generali*”) —, o abuso do direito de ação e/ou de posições processuais específicas poderá vir em socorro da funcionalidade e da objetivação da justiça do ordenamento processual, conquanto sua finalidade primeira seja eminentemente privada (e não público-punitiva, como ocorre com o instituto da litigância de má-fé).

Por fim, apresentam-se à repulsa do indevido processo mais dois mecanismos, um de índole processual (a “taxa sancionatória excepcional”) e outro de índole civil (a *culpa “in agendo”*).

A “taxa sancionatória excepcional” foi introduzida pelo Decreto-lei n. 34/2008, que aduziu ao texto original o seu atual artigo 447º-B do CPC. Referida sanção pecuniária — que não se confunde com a “multa diária” brasileira ou com as “*astreintes*” francesas, porque não constrange à cessação de uma prática atual, mas somente pune uma prática já consumada — pode variar entre dois e quinze UC (artigo 10º do RCP), tendo por fundamento maior a improcedência dos incidentes processuais, associada a uma condição subjetiva da parte (“*falta de prudência ou diligência*”). *In verbis*:

“Por decisão fundamentada do juiz, e em casos excepcionais, pode ser aplicada uma taxa sancionatória aos requerimentos, recursos, reclamações, pedidos de rectificação, reforma ou de esclarecimento quando estes, sendo considerados manifestamente improcedentes:

“a) Sejam resultado exclusivo da falta de prudência ou diligência da parte, não visem discutir o mérito da causa e se revelem meramente dilatórios; ou

“b) Visando discutir também o mérito da causa, sejam manifestamente improcedentes por força da existência de jurisprudência em sentido contrário e resultem exclusivamente da falta de diligência e prudência da parte”.

Os motivos preambulares do DL n. 34/2008 declaram textualmente, a propósito, a finalidade de combater o excesso de incidentes infundados e de contribuir para o desafogamento dos tribunais judiciais. Mas o novel instituto gerou grande perplexidade, seja pelos termos utilizados (“*taxa*” — logo, modalidade tributária — e não multa ou

sanção; aplicação “*em casos excepcionais*”, mesmo quando já estão na lei todos os seus requisitos de incidência), seja pela parcial coincidência de pressupostos com a própria litigância de má-fé (e os consequentes riscos de “*bis in idem*” no processo civil), seja ainda pela aparente inconstitucionalidade, ante o malferimento do devido processo *formal* e *substancial*¹⁵⁰². Explica-se: da maneira como prevista, a “taxa sancionatória excepcional” não viabiliza o contraditório, contrariando então o preceito do artigo 3º, 3 do CPC, que por sua vez se vincula à garantia constitucional do artigo 20º, 4, da CPR (“processo equitativo” → devido processo formal). Por outro lado, considerando-se os objetivos do decreto-lei e os meios escolhidos para alcançá-los, resulta malferido o próprio princípio da proporcionalidade (artigo 18º, 2, da CRP), como consectário do “*substantive due process*”.

A culpa “*in agendo*”, por sua vez, está assente nos artigos 483º e 798º e seguintes do Código Civil português. Nos termos do artigo 483º, 1, todo aquele que, agindo dolosa ou mesmo culposamente, “*violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”. Trata-se, pois, de genuína responsabilidade civil aquiliana aplicada às lides processuais (ou às suas consequências funestas). Pode-se esgrimir o preceito sempre que o exercício do direito de ação ou de uma qualquer posição processual exercitada dolosa ou culposamente representar, para o “*ex adverso*” ou para terceiros, a violação de direitos subjetivos — e em especial os personalíssimos — como a honra, a reputação e a boa imagem, a intimidade e a vida privada, a propriedade, a livre iniciativa, etc. Na culpa “*in agendo*”, a pretensão que o lesado mobilizará é de ordem privada e ressarcitória, extravasando os lindes do processo; logo, pode bem se acumular com a própria multa por litigância de má-fé ou até com a indenização do artigo 457º do CPC, ante a diversidade ontológica (no primeiro caso) e a adstrição aos lindes econômicos do processo (no segundo caso, mas desde que não se pretenda também o reembolso dos “*restantes prejuízos*” — artigo 457º, 1, “*b*” —, caso em que caberão deduções na indenização de maior vulto).

¹⁵⁰² Nesse sentido, cf., por todos, Paula Costa e Silva, *A Litigância...*, pp.273-287 (que todavia não trabalha com a dicotomia *devido processo formal* vs. *substancial*; às conclusões, todavia, aderimos plenamente).

Como se percebe, o “*honeste procedere*” processual, com especial atenção para os deveres de cooperação, *assegura* que o processo legal formal corresponda ao *devido* processo formal. Já os institutos reativos — a multa e a indenização por litigância de má-fé, o abuso de direito, a “taxa sancionatória excepcional” (se constitucional) e a culpa “*in agendo*” (i.e., a responsabilidade civil aquiliana) — o *resgatam*, quando subvertido por meio do uso lesivo ou temerário das formas, prazos e modos processuais.

III. No panorama brasileiro, por sua vez, há normas específicas sobre cooperação processual nos artigos 340 e 341 do Código de Processo Civil (respectivamente quanto ao dever de cooperação das partes e o dever de cooperação de terceiros). *In verbis*:

“**Art. 340.** Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

“I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

“II – submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

“III – praticar o ato que lhe for determinado”.

“**Art. 341.** Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:

“I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;

“II – exhibir coisa ou documento, que estejam em seu poder”.

Com relação aos terceiros, dir-se-ia mesmo que a legislação brasileira é mais liberal, visto não dar ao dever de cooperação de terceiros a extensão do artigo 519º, 1, do CPC português, nem tampouco a generalidade do próprio artigo 340, III, do CPC brasileiro. A interpretação sistemática permite entrever, todavia, que a abrangência desse dever é praticamente a mesma, para partes e terceiros, nos dois ordenamentos jurídicos. É que o legislador de 1973 acabou por positivar um *dever geral de colaboração para a descoberta da verdade* no artigo 339 do CPC (“[n]inguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”), à maneira do sistema processual português (artigo 519º), vazando-o mediante norma de conteúdo aberto, em apartado das

diligências instrutórias específicas e sem referência textual a partes ou terceiros¹⁵⁰³. A nos fiarmos nessa correspondência (artigo 339 ↔ artigo 519º, 1), poderemos extrair do artigo 339 do CPC, com boas razões, muitas das possibilidades processuais que o tráfego forense português consolidou (*supra*, n. II), explorando o preceito nos limites de suas potencialidades.

Evidentemente, esse dever geral alcança os *terceiros*, além das próprias partes¹⁵⁰⁴ — embora caiba reconhecer, no que diz com terceiros, “*justamente em face de sua desvinculação dos interesses em disputa, uma natural menor sujeição, fazendo com que a participação se resuma ao estritamente necessário ao litígio em curso*”¹⁵⁰⁵. Nada obstante, uns e outros *devem* cooperar, sem o que um processo formalmente legal jamais será constitucionalmente devido. Isso significa que, sem escusa legítima, terceiros não podem se eximir de prestar a colaboração reclamada, ainda que essa colaboração não seja a prestação de uma informação ou a exibição de uma coisa ou documento. Assim, p. ex., podem ser instados a proceder a um reconhecimento pessoal, a fornecer provas caligráficas de sua lavra ou ainda, em casos realmente excepcionais, até mesmo a fornecer amostras biológicas de seu corpo. Daí se concluir que, tal como as partes, também os terceiros estão obrigados a “*praticar o ato que lhes for determinado*”, já não por força dos artigos 340 ou 341, mas por força do artigo 339 do CPC (em uma abordagem positivista), como por força do próprio princípio da cooperação processual (em uma abordagem pós-positivista), imanente que é ao sistema processual em vigor e ancorado que está na garantia constitucional do devido processo formal (ou do processo equitativo).

¹⁵⁰³ V., e.g., Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil Anotado*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p.244 (nota ao artigo 339); Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. IV, p. 39 e nota n. 142. O último vai além da mera remissão, afirmando que a regra contida no artigo 519º, 1, do CPC português “*inspirou*” o legislador brasileiro (referindo-se, obviamente, à redação original do artigo 519º, uma vez que a redação atual é posterior ao texto do artigo 339 do CPC brasileiro, dada que foi pelo artigo 1º do Decreto-lei 329-A/95, que também alterou a redação do artigo 266º e elegeu claramente o princípio da cooperação como um de seus fundamentos angulares ou “objetivos gerais”; nesse sentido, v. Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.26).

¹⁵⁰⁴ “*Não pode escapar ao intérprete o alcance do termo absoluto (v.g., ninguém) empregado pelo legislador, alusivo numa primeira impressão a pessoas estranhas ao processo (órgãos públicos e privados diversos, além dos cidadãos em geral), mas abrangente também, e inequivocamente, dos próprios integrantes do litígio*” (Antonio Carlos Marcato [org.], *Código de Processo Civil Interpretado*, São Paulo, Atlas, 2004, p.1026-1027; as ilações são de FÁBIO TABOSA).

¹⁵⁰⁵ *Idem*, p.1027. Exemplifica-se: “*pode-se [...] cogitar no âmbito de um determinado processo da quebra do sigilo bancário e fiscal de uma das partes, mas não de pessoa ou sociedade estranhos ao litígio, ainda que se afigurem relevantes os dados buscados*”.

Recusando-se injustificadamente a cumprir o que lhe é determinado, o terceiro — como a própria parte — incorre em ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se a uma *multa processual*, sem prejuízo de outras sanções civis, criminais e processuais. Tal multa, cujo montante será fixado pelo juiz de acordo com a gravidade da conduta e no limite de vinte por cento do valor da causa, será ulteriormente inscrita na dívida ativa da União ou do Estado, para posterior execução judicial em foro próprio, caso não seja paga até o fim do processo (artigo 14, V e par. único, do CPC, na redação da Lei 10.358, de 27.12.2001). No Brasil, portanto, enquanto a litigância de má-fé é reservada somente às partes e aos terceiros intervenientes (“[...] *aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente*”), a multa processual do artigo 14, par. único aplica-se a toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que for chamada a participar do processo.

Ao respectivo dever de informar, o CPC permite que as partes contraponham as escusas do artigo 347, a saber, a dispensa de depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhes sejam imputados (inciso I) — o que está de acordo com a garantia da não autoincriminação, ao menos no que possa ter desdobramentos penais (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”: v., *supra*, tópico 16.5.2, III) — e sobre fatos a cujo respeito se deva, por estado ou profissão, guardar sigilo (assim, *e.g.*, nas hipóteses do artigo 154 do CP¹⁵⁰⁶, do artigo 71 da Lei 5.250/67¹⁵⁰⁷ e da Lei 4.595/64¹⁵⁰⁸)¹⁵⁰⁹. Excetuam-se as escusas apenas nas ações de desquite (que já não existem), de filiação e de anulação de casamento; dessas, porém, apenas a segunda se justifica sob a nova ordem constitucional, ante a preeminência do direito contraposto (a identidade biológica). O que significa que o juízo de ponderação realizado pelo legislador em 1973, ainda sob os auspícios da Constituição de 1967, deve ser

¹⁵⁰⁶ Trata-se do *crime de violação de segredo profissional*. A escusa é legítima, nos lindes do tipo penal, quando se tratar de segredo de que se tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão; já a reprimenda penal (detenção, de três meses a um ano, ou multa) só terá lugar se, além da própria revelação dolosa, dela puder resultar algum dano a outrem (*perigo concreto*).

¹⁵⁰⁷ Aqui se trata, menos que um dever, de um *direito profissional* insculpido na vetusta Lei de Imprensa brasileira. *In verbis*: “Nenhum jornalista ou radialista, ou, em geral, as pessoas referidas no art. 25, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade”. Como vimos, a Lei de Imprensa foi declarada pelo STF contrária à atual Constituição, porque por ela não recepcionada (*supra*, nota n. 980); mas o sigilo das fontes segue protegido pelo artigo 5º, XIV, da CRFB.

¹⁵⁰⁸ Trata-se da lei brasileira que trata dos sigilos bancário e financeiro.

¹⁵⁰⁹ Escusas como as primeiras encontram-se previstas no artigo 554º, 2, do CPC português (fatos sobre os quais o depoimento pode recair); como as segundas, no artigo 519º, 3, “c”, do mesmo diploma.

atualizado, com redução de texto, à mercê da nova tessitura constitucional (o que diz com a *capacidade de aprendizagem* das normas jusfundamentais; logo, com um aspecto do devido processo substancial).

Pela mesma razão, aliás, pode-se afirmar que os elencos do artigo 347 não são exaustivos, nem por um lado (casos de escusa), nem por outro (casos de inaplicabilidade da escusa). Haverá outras situações concretas em que ponderosos motivos justificarão a escusa¹⁵¹⁰ (como, *e.g.*, no caso de a informação ensejar grave dano à própria parte ou a parentes próximos, ou representar fatos especialmente traumáticos para o depoente, afetando-lhe a sanidade psicológica¹⁵¹¹); e, da mesma forma, haverá situações idôneas a determinar, num juízo prudencial casuístico (proporcionalidade), que o dever de cooperação se imponha ao primado do “*nemo tenetur edere contra se*” e/ou ao dever de sigilo, disso resultando a ilegitimidade da escusa, ainda quando se trate de fatos aprioristicamente subsumíveis às espécies dos precitados incisos I e II.

Conclui-se, portanto, que o dever de cooperação para o descobrimento da verdade (artigos 339 a 341) e as escusas de depoimento (artigo 347) entabulam, em boa interpretação, um sistema de freios e contrapesos em tudo similar àquele regulado no Código de Processo Civil português. Como dissemos alhures,

“À Hermenêutica brasileira caberá o papel de *atualização* da letra da lei (que, nessa parte, ainda remonta a 1973), com o mesmo foco modernizador que o legislador português houve por bem perfilhar nas reformas estruturais da década de noventa: aspirando-se ao processo como **unidade funcional de trabalho**, não como palco de disputas irreduzíveis”¹⁵¹².

E quanto às sanções predispostas para o resgate do processo *devido*?

¹⁵¹⁰ Nesse sentido, v. MARINONI e ARENHART — alertando, porém, que essa interpretação extensiva deve ser manejada com rigor de critério, sob pena de ensejar abusos e esvaziar o próprio princípio da cooperação em matéria de prova. Cf. Luis Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. I, pp.315-317.

¹⁵¹¹ Os exemplos são de FÁBIO TABOSA (*op.cit.*, p.1052).

¹⁵¹² G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópico 1.2 (“*in fine*”).

Há, primeira e basicamente, as *multas e indenizações processuais*. Da multa do artigo 14, par. único, já tratamos há pouco. Em matéria de má-fé processual, dizíamos que se reserva às partes e aos terceiros intervenientes, nos termos do artigo 17 do CPC, que — à maneira do artigo — também “tipificou” os casos de má-fé, sem reconduzi-los à própria violação do dever geral de cooperação. São eles: a dedução de pretensão ou defesa contrário a texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I); a alteração da verdade dos fatos (inciso II); o uso do processo para a consecução de fim ilegal (inciso III); a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV); o agir temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inciso V); a provocação de incidentes manifestamente infundados (inciso VI); a interposição de recursos com intuito manifestamente protelatórios (inciso VII). Aí estão situações que o CPC português positivou ora nos seus artigos 456º/457º, ora no seu artigo 447º-B (sobre a “taxa sancionatória excepcional”). A consequência, como em Portugal, é a condenação do responsável a um multa processual (não excedente de um por cento do valor da causa, o que a doutrina tem reputado demasiado pouco¹⁵¹³) e também a uma indenização à parte contrária pelos prejuízos sofridos, inclusive honorários advocatícios e despesas efetuadas (em importe total não excedente de vinte por cento do valor da causa, ou então liquidado por arbitramento após a prolação da sentença). Ambas, porém, são aplicáveis “*ex officio*” — mesmo a indenização (ao contrário de Portugal) — ou a requerimento da parte prejudicada, aproveitando sempre a essa última.

Na fase de cumprimento de sentença, há dispositivos semelhantes, que disciplinam os “atos atentatórios à dignidade da Justiça” e igualmente impõem multas processuais (artigos 599, I, 600 e 601 do CPC). Nessa hipótese, a multa não será superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, “*sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material*” (artigo 601), reversível ao credor. São atentatórios à dignidade da Justiça os atos do executado que fraudam a execução, os que a ela se opõem maliciosamente com o emprego de ardis e meios artificiosos e os que resistem injustificadamente às ordens judiciais; a eles todos se equipara, ademais, a mera conduta de

¹⁵¹³ Notadamente em razão da prática de se indicar “valor da causa para meros efeitos de alçada”, tão ilegal quanto difundida no foro.

não indicar ao juiz em cinco dias, após intimado, quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora, ocultando-os pelo silêncio (artigo 600, IV).

Afora as multas e indenizações processuais, pode-se indubitavelmente cogitar da *responsabilidade civil* da parte que litiga de má-fé, pelos prejuízos causados ao patrimônio ou a outros direitos subjetivos da contraparte, nos precisos moldes do contexto português. Alguns preceitos inclusive *ressalvam* essa responsabilidade, de natureza “civil” (artigo 14, par. único, do CPC; v. nota n. 1491) ou “material” (artigo 601, *caput*, do CPC). Admitir-se-á, portanto, a *culpa “in agendo”* (aquiliana), com base nos artigos 186 e 927, *caput*, do NCC. Também não há impedimentos a que o prejudicado se valha do artigo 187 do NCC, que trata do abuso de direito. No Brasil, porém, houve uma equiparação entre os regimes jurídicos da responsabilidade por ato ilícito e da responsabilidade por abuso de direito¹⁵¹⁴; assim, de todo modo o ressarcimento material e/ou a compensação moral dar-se-ão pelos critérios dos artigos 927 a 943 do NCC.

Recentemente, doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a se debruçar sobre uma quarta figura, que de certo modo imbrica os pressupostos das duas figuras anteriores (responsabilidade civil aquiliana e abuso do direito): o chamado *assédio processual*. Tal assédio consiste *no uso ilegítimo, iterativo e sistemático do processo para fins exógenos emulativos ou acintosos* (como, *e.g.*, para a finalidade única ou predominante de constranger a parte¹⁵¹⁵ ou de procrastinar o processo¹⁵¹⁶).

¹⁵¹⁴ *In verbis*: “Também comete **ato ilícito** o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (g.n.).

¹⁵¹⁵ Como no caso *Folha v. Universal*, que veremos na sequência.

¹⁵¹⁶ Nesse sentido, o conceito lançado pela juíza MYLENE PEREIRA RAMOS em sentença prolatada à frente da 63ª Vara do Trabalho de São Paulo (Proc. n. 02784200406302004): “Praticou a ré [uma conhecida instituição financeira] ‘assédio processual’, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a **procrastinação** por uma das partes do andamento do processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária”. Por conta disso, condenou-se o banco a pagar, à época, R\$ 182.363,00 pelos danos morais decorrentes do assédio, mais R\$ 100.000,00 por litigância de má-fé (vez que são obviamente cumuláveis). Denota-se, porém, que o conceito elaborado pela magistrada satisfaz-se com o elemento da *repetição* dos atos de resistência, sem maior preocupação com a *exterioridade* dos seus efeitos. A ser assim, tal conceito acaba por se confundir com aquele do art. 17, IV, do CPC, que já conta com sanção autônoma. Nisso, pois, divergimos.

O tema começou a ser discutido nacionalmente em 2008, após rumoroso caso envolvendo o jornal brasileiro “*A Folha de S. Paulo*” e a igreja neopentecostal “*Universal do Reino de Deus*”. A *Folha* publicou em 15.12.2007 matéria intitulada “*Universal chega aos 30 anos com império empresarial*”, com base em investigações da jornalista ELVIRA LOBATO (concluía-se que a referida igreja possuiria à época, diretamente ou por interpostas pessoas, vinte e três emissoras de televisão, quarenta emissoras de rádio e outras dezenove empresas, nos ramos imobiliário, de turismo, de seguro-saúde e até de táxi aéreo). Após a reportagem, em ação aparentemente articulada, os pastores de várias localidades do país passaram a insuflar fiéis, durante os cultos ou fora deles, para que ingressassem em juízo contra o jornal, porque todos indiretamente “ofendidos”. O que de fato ocorreu: a *Folha* e a própria jornalista amargaram cinquenta e oito ações individuais de indenização por danos morais, disseminadas entre os rincões do país, nos mais diversos juízos, todas iniciadas com petições iniciais cujos textos eram muito semelhantes. Os valores pedidos, ademais, eram relativamente baixos (entre R\$ 1.000,00 e R\$ 20.000,00), evitando os riscos de sucumbência e a condenação em custas elevadas, caso indeferidos os requerimentos de assistência judiciária gratuita. A multiplicação da demandas favorecia, outrossim, uma possível condenação à revelia, ante a probabilidade aumentada de que os advogados do jornal não lograssem contestar a tempo algumas das ações. Ao final, diversos juízes condenaram os autores por litigância de má-fé ou mesmo por abuso de direito. Cunhou-se o termo “assédio judicial” (ou processual).

O assédio processual difere da mera litigância de má-fé (em especial na hipótese dos incisos III, IV, VI e VII do artigo 17), porque a má-fé processual pode se manifestar em um único ato desonesto, resistente ou temerário; geralmente se destina, ademais, a produzir efeitos *dentro* do processo (= endoprocessuais). Já o assédio processual pressupõe, como visto, todo um *conjunto de atos processuais* sistematicamente enredados para um fim escuso, exterior ao processo, por intermédio de um único procedimento ou vários deles. O assediador processual abusa do direito de demanda e/ou se vale criteriosamente de toda a gama de incidentes e recursos disponíveis no sistema, mas já sem o propósito maior de fazer valer direitos ou posições subjetivas; o principal intuito — ou, em categorias mais

objetivas, a principal consequência — é a criação de *efectos adversos exteriores* para a contraparte. Havendo danos, terá sem dúvida incorrido em culpa “*in agendo*”.

IV. Mirando um segundo exemplo latino-americano, mas na América hispânica, calha bem estudar o caso **argentino**. Na Argentina, as províncias têm autonomia para legislar sobre os seus próprios procedimentos (especialidade civil, penal e trabalhista). No entanto, há também o *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*¹⁵¹⁷, que é o código de processo civil em vigor para a jurisdição federal, sendo assim acatado em todas as províncias; servir-nos-á, doravante, de guia e base. Tal diploma atribui ao juiz o dever de prevenir e sancionar toda conduta contrária à lealdade, à probidade e à boa-fé (artigo 34, 5, “*d*”¹⁵¹⁸). A sanção processual também aqui é eminentemente pecuniária (artigo 45): na sentença final, deverá o juiz pronunciar a temeridade ou a malícia em que incorreram as partes ou os profissionais que funcionaram no processo, aplicando-lhes — “*a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente*” (diversamente, pois, do caso brasileiro, em que, pela letra da lei processual, as multas não podem ser diretamente impostas aos advogados) — uma multa de valor variável entre dez e cinquenta por cento do montante objeto da sentença; e, para as sentenças cujo objeto não for suscetível de apreciação pecuniária, o preceito fixa um teto monetário. Em todos os casos, é certo que **(a)** a multa reverterá sempre em favor da parte prejudicada; e que, **(b)** podendo ser aplicada de ofício ou a requerimento da parte, a sua aplicação será precedida de contraditório somente se houver sido reclamada por uma das partes. Na fixação da importância a exigir,

“[...] el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifestamente conduzcan a dilatar el proceso” (artigo 45, 2).

¹⁵¹⁷ Ley n. 14.454 (1981).

¹⁵¹⁸ *In verbis*: “*Son deberes de los jueces: [...] Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código: [...] Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe*”.

Doutrina e jurisprudência argentinas conferiram concretude aos conceitos jurídicos indeterminados do artigo 45 (“*temeridad*” e “*malicia*”). Consideram que a conduta é “*temerária*” quando uma das partes litigantes, ciente da irrazoabilidade de sua conduta, modifica a natureza mesma do direito de defesa ou de contraditório, emprestando-o a outras finalidades ou a finalidade nenhuma. A conduta é “*maliciosa*”, por outro lado, quando há indevida e intencional interferência ou retardamento no processo a partir do exercício abusivo das posições processuais¹⁵¹⁹.

Em seara executiva, o artigo 551 do *Código Procesal Civil* estabelece que o executado que tenha litigado sem razão legítima ou que tenha obstruído o curso normal do processo com articulações manifestamente improcedentes, ou ainda que tenha de qualquer modo atrasado injustificadamente os trâmites de execução, suportará uma multa, a favor do executante, em montante que variará de cinco por cento a trinta por cento do importe da dívida exequenda, conforme a efetiva contribuição da sua conduta para a mora do procedimento. Essa multa será imposta na chamada “*setencia de remate*”, ao determinar a sequência do procedimento executivo. Equivale em boa medida à sanção processual por ato atentatório à dignidade da Justiça (Brasil), mas sob maiores rigores (inclusive quanto ao valor da multa).

No campo da responsabilidade civil, enfim, o artigo 208 dispõe que, se o juiz levantar uma medida cautelar por qualquer motivo que demonstre o abuso ou o excesso do requerente no pedido da cautela, nessa mesma decisão poderá condená-lo a pagar “*los daños y perjuicios si la otra parte la hubiera solicitado*”. Parece-nos evidente, de resto, que a responsabilidade civil por danos poderá ser arguida em qualquer procedimento; o

¹⁵¹⁹ Cf. Eduardo David Oteiza, “*Abuse of procedural rights in Latin America*”, in *Abuse...*, Michele Taruffo (ed.), pp.196-197. Em outros termos, a **temeridade** “*consiste en la conducta de quien deduce pretensiones cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón*” (Lino E. Palacio, Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1992, p.393). A **malícia**, por sua vez, é “[l]a utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (*inconducta procesal genérica*) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (*inconducta procesal específica*), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe” (Osvaldo A. Gozáni, *La conducta en el proceso*, Buenos Aires, Editora Platense, 1988, p.69).

diferencial deste preceito está em que, tratando-se de cautela abusivamente obtida, não haverá necessidade de ação autônoma, cabendo ao juiz da causa cautelar desde logo fixar a indenização, “*por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u outro procedimiento a criterio del juez*”.

Em arremate, como paradigma teórico para a América Latina (cotejável com os dois sistemas já concretamente apreciados, Brasil e Argentina), vale referir o que consta do *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* (1988), que favoreceu um procedimento contraditório e predominantemente oral, no qual tanto a direção quanto boa parte das iniciativas coubessem mesmo ao juiz¹⁵²⁰. A base fiduciária do sistema aparece já no artigo 5º, pelo qual

“[l]as partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir la fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria”.

Em seu artigo 73, o Código-Modelo cuida-se de estabelecer os requisitos dos atos processuais em geral (“*los actos deberán ser lícitos, pertinentes y útiles*”), acrescentando-se que hão de ser realizados com *veracidad*e e *boa-fé*, tendo por causa um *interesse legítimo*. Sendo assim, quando a má-fé ou da temeridade da parte resulte demonstrada, poderá o responsável ser responsabilizado civilmente (“*a los daños y perjuicios*”), no mesmo processo ou em outro posterior; e se o seu advogado contribuir com a militância desonesta, poderá ser solidariamente condenado com a parte — “[e]llo sin perjuicio de las reclamaciones que la parte pueda efectuar por los daños y perjuicios que haya debido pagar por culpa del abogado o apoderado”.

Seguiu-se esse modelo em vários países de América Latina (como na Argentina e no Peru¹⁵²¹, entre outros), permitindo a punição processual ou mesmo a responsabilização civil do advogado ímprobo no próprio processo em que atuou levianamente. Não no Brasil, porém, ante a resistência da Ordem dos Advogados. Perdeu-se, a nosso sentir, em termos de

¹⁵²⁰ Oteiza, “*Abuse...*”, p.192.

¹⁵²¹ Artigo 50, 5, do *Código Procesal Civil* peruano.

confiança, segurança e celeridade: a “rede de proteção” criada em torno da advocacia, notadamente após o advento da Lei n. 8.906/94, protege não apenas o bom causídico, mas também o mau patrono; e, nesse caso, priva o Judiciário e a parte prejudicada de meios rápidos e efetivos para a correção dos desvios e o ressarcimento dos danos.

V. Na Alemanha (como também na Áustria), a legislação processual civil não positivou a vedação do abuso processual por meio de um grande princípio geral, ao contrário dos modelos anteriores. No entanto, uma série de regras específicas demonstra como realmente se trata de um princípio deontológico imanente ao sistema. HESS¹⁵²² aponta, a respeito, quatro delas (com acréscimos nossos no item “b”): (a) quanto à admissibilidade da ação, um interesse em princípio legítimo pode ser recusado em juízo, com fundamento no abuso de direito; (b) quanto às alegações e aos incidentes, o princípio da boa-fé processual aplica-se durante praticamente todo o processo, uma vez que o artigo 138, 1, da ZPO¹⁵²³ estabelece um “dever de veracidade” (“*Wahrheitspflicht*”) que obriga as partes a fazerem suas declarações de fato “*de forma completa e de acordo com a verdade*”, enquanto que estratégias procrastinatórias do réu geralmente são sancionadas com a imposição de custas adicionais, e o próprio juiz deve perenemente cooperar no sentido de esclarecer as partes sobre o seu dever de veracidade, sobre a pertinência de seus peticionamentos, sobre a suficiência dos fatos alegados e provados e sobre os aspectos que considerará “*ex officio*” (artigo 139, 1, 2 e 3, da ZPO); (c) quanto ao aspecto probatório, aquele que dolosamente frustrar o direito de prova do “*ex adverso*” pode ser sancionado com várias desvantagens de ordem processual, inclusive a de se reputarem provados todos os fatos cujas provas foram frustradas pela conduta desleal adversária (hipótese admitida pelo BGH desde pelo menos 1998); (d) quanto à sentença e seus atributos, é certo que a “*res iudicata*” pode ser anulada no caso de títulos ou documentos falsificados ou confeccionados fraudulentamente, por meio de uma ação de revisão (“*Restitutionsklage*”) — artigos 578 a 580 da ZPO —, sem prejuízo das consequências penais e da própria possibilidade de ressarcimento do prejudicado com base na responsabilidade por culpa “*in*

¹⁵²² Hess, “*Abuse...*”, pp.151-177.

¹⁵²³ *In verbis*: “**Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht. (1)** Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. [...]”.

agendo”¹⁵²⁴ (ut artigo 826 do *BGB*); (e) enfim, quanto aos procedimentos executivos, há ainda uma regra destinada a conter abusos ou constrições desproporcionais (preservando-se, portanto, a boa-fé, a razoabilidade e a própria justiça dos procedimentos), assim vazada (artigo 765-A, 1, da *ZPO*¹⁵²⁵):

“A requerimento do devedor, o juízo da execução poderá anular, proibir ou suspender provisoriamente uma medida de execução forçada total ou parcialmente se a medida, devido a circunstâncias muito especiais, considerando-se integralmente as necessidades de proteção do credor, implica um rigor que é incompatível com os bons costumes. [...]”.

De resto, a doutrina alemã compreende que a vedação da malícia processual decorre da proibição geral do abuso de direito, que se espraia do Direito Civil para a teoria geral do Direito e deita raízes nos artigos 226 (inadmissibilidade do exercício acintoso de direitos) e 242 (boa-fé objetiva) do *BGB*. Compreende-se, por outro lado, que os preceitos legais em questão não podem ser diretamente aplicados no processo, com a amplitude verificável nas relações privadas, especialmente porque a doutrina dominante ainda tende a manter as dimensões substancial e processual em categorias estanques e incomunicáveis¹⁵²⁶. Como, porém, a vedação do abuso de direito é um princípio geral intrassistemático, acaba-se por admitir intervenções mais restritas à conta daqueles preceitos, ora com funções *suplementares* (em caso de lacunas), ora mesmo com funções *limitadoras* (em caso de excessos evidentes)¹⁵²⁷.

Nessa alheta, a literatura chega a identificar *quatro classes* de abusos *ex* artigo 242 do *BGB* verificáveis no processo¹⁵²⁸: (1) a aquisição maliciosa de posições processuais

¹⁵²⁴ Cujas possibilidades não é todavia pacíficas. V. abaixo a nota n. 1534.

¹⁵²⁵ *In verbis*: “**Vollstreckungsschutz. (1)** Auf Antrag des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise aufheben, untersagen oder einstweilen einstellen, wenn die Maßnahme unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist. [...]”.

¹⁵²⁶ Nesse sentido, decidindo com base na inexistência de proibição ao abuso de direito no ordenamento processual, cf. *RGZ* 16, 391-393. V. também Hess, “*Abuse...*”, pp.160-161.

¹⁵²⁷ Hess, “*Abuse...*”, p.153.

¹⁵²⁸ Sobre as “classes” de comportamento malicioso no processo, cf., por todos, Walter Zeiss, *Die arglistige Prozeßpartei: Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhalten im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1967, pp.51 e ss. V. também Hess, “*Abuse...*”, p.154.

(p.ex., as urdiduras para atração de jurisdição ou competência¹⁵²⁹); (2) os contextos de “*venire contra factum proprium*”¹⁵³⁰; (3) o emprego desnecessário de todos recursos disponíveis¹⁵³¹, mesmo quando já manifestamente descabidos; e (4) o uso abusivo da ação e do processo como um todo¹⁵³². Reconhece-se, ademais, a possibilidade de que abusos sejam imputados aos próprios juízos e tribunais, sob o fundamento de que os órgãos judiciais estão igualmente adstritos ao “*fairen Verfahren*” (ex artigo 103, 1, da GG) e devem zelar pela idoneidade do processo/procedimento para a consecução dos direitos materiais em litígio¹⁵³³, ainda que não lhes sejam diretamente aplicáveis as regras processuais de que se deduz o princípio da boa-fé processual ou a própria norma do artigo 242 do BGB.

Nas últimas décadas, ainda em função da relativa resistência de doutrina e jurisprudência em assimilar paradigmas de direito material na disciplina do processo¹⁵³⁴ — conquanto mais forte no início do século XX (a ponto de GOLDSCHMIDT ter declarado que as condutas processuais são “livres de moralidade”¹⁵³⁵) —, percebeu-se um paulatino deslocamento das discussões relacionadas a abusos processuais para a seara das garantias

¹⁵²⁹ Hipótese que, no entanto, tem sido triada escrutinadamente, para prevenir injustiças. Em 1971, o BGH admitiu uma petição de divórcio baseada na cidadania alemã de um dos cônjuges (atual artigo 606-A, 1 do BGB), embora o autor a houvesse adquirido apenas dezesseis dias antes de judicializar o pedido. V. Hess, “Abuse...”, p.161.

¹⁵³⁰ E.g., o manejo da exceção de cláusula arbitral (artigo 1032 da ZPO) por quem não tem condições financeiras de suportar os custos da arbitragem (BGHZ, 102, 199). Outros tantos exemplos podem ser encontrados em Menezes Cordeiro, *Da boa fé...*, p.378 e nota n. 441.

¹⁵³¹ Nesse sentido, quanto às insurgências processuais intermináveis, v. Zeiss, *Die arglistige...*, pp.131-133.

¹⁵³² E.g., a instauração de processo judicial, por iniciativa de acionistas, com o único propósito de fazer valorizar no mercado as próprias ações de que dispõem (BGHZ, 107, 296).

¹⁵³³ “The relationship of the court to the parties is subject to the constitutional guarantees, especially the right to be heard (art. 103 (1) German Constitution). The German Constitutional Court interprets this guarantee as **an obligation of the courts to administer proceedings in such a way as to realize the substantive rights of the parties**. The right to be heard is recognized as a general constitutional guarantee which has been molded by more specific procedural principles, in particular, the equality of the parties (art. 3 German Constitution), the right to access to a court. Additionally, **any arbitrary behavior of the court is to be considered as a violation of art. 3 German Constitution**” (Hess, “Abuse...”, p.167 — g.n.).

¹⁵³⁴ “In Germany, the resort to the general clause of the civil code affects quite fundamental subject matter of the procedural theory, namely the relationship between substantive and procedural law. At the beginning of the century [XX], the German doctrine made an effort to clearly separate substantive and procedural laws. This approach is in conflict with the application of the rules of civil law (as sec. 242 BGB) to the law of procedure. In addition to this, the discussion stretches even further in that it is unclear at present, whether the abuse of procedural rights not only entails procedural sanctions but also substantive liability for damage” (Hess, “Abuse...”, p.154).

¹⁵³⁵ Cf. James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Aalen, Scientia, 1986, p.292 (reimpressão da obra de 1925).

processuais constitucionais¹⁵³⁶. O *BVerfG* alemão já teve mesmo ocasião de pontificar, em 24.03.1976, que o direito ao “*fairen Verfahren*”, que decorre dos princípios processuais constitucionais e foi originalmente pensado sobretudo para o processo penal, decerto informa também o processo civil, dele se desdobrando, no plano infraconstitucional, os deveres processuais civis de boa-fé e de cooperação judicial, como aqueles insertos nos artigos 138 e 139 da *ZPO* (assim, *e.g.*, “§ 139 *ZPO könne als nichtverfassungsrechtliche Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren verstanden werden*” — cf. *BVerfGE* 42, 64 [71], e tópico 20.2, n. VIII, *infra*). Tudo a revelar, uma vez mais, a imbricação entre os dois temas: posições processuais exercidas abusivamente desnaturam o devido processo legal (constitucional), conquanto admitam também subsunção a institutos civis ou processuais que não radicam no texto constitucional.

VI. Entre os espanhóis, a vedação de exercício abusivo das posições processuais é também extraída diretamente da Constituição, em seu artigo 24, 1, da *CE*, que garante a toda pessoa a tutela jurisdicional efetiva, com seus diversos consectários, e proíbe o estado de indefesa. Na dicção de RAMOS MÉNDEZ¹⁵³⁷, “*não há dúvidas de que a aplicação dessa garantia constitucional [que consubstancia o “procedural due process” no sistema espanhol] exclui qualquer intervenção envolvendo abuso de direitos processuais*”.

No ordenamento infraconstitucional, o artigo 11 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (*Ley* n. 6/1985, de 1º de julho) dispõe, em seu n. 1 (1ª parte), que “[e]n el todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe”; e adiante, no n. 2, estatui-se que “[l]os Juzgados e Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”. O n. 3, por fim, faz vir à tona a normogênese do dispositivo, referindo textualmente o artigo 24 da *CE*.

Já as sanções processuais pela inobservância do princípio geral de boa-fé (artigo 11, 1) estão dispersas pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (*Ley* n. 1/2000, de sete de

¹⁵³⁶ Hess, “*Abuse...*”, p.155.

¹⁵³⁷ Francisco Ramos Méndez, “*Abuse of Procedural Rights? Spain and Portugal*”, in *Abuse...*, Michele Taruffo (ed.), p.181.

janeiro). Assim, *e.g.*, em matéria de custas e despesas processuais, a lei espanhola adota o princípio da sucumbência objetiva, cabendo de regra à parte sucumbente pagar as custas do processo (total ou parcialmente, conforme sua sucumbência seja integral ou parcial); no entanto, se o juízo ou tribunal considerar que um dos litigantes procedeu de modo temerário, poderá imputar-lhe a integralidade das custas, ainda que se trate de parte apenas parcialmente sucumbente (artigo 394, n. 2). Ademais, tampouco aproveitará à parte que agiu de modo temerário as limitações quantitativas dispostas no n. 3 (“[...] *una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento* [...]”)¹⁵³⁸. Na mesma ensancha, em sede de ação rescisória de sentença dada à revelia (artigo 501), não há custas para nenhum dos litigantes se acaso julgada procedente, *exceto* em caso de temeridade na conduta de algum dos litigantes (caso em que suportará ele próprio, pela conduta temerária no processo anterior, as custas da rescisória, “*ex vi*” do artigo 506, 2, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*).

No “*incidente excepcional de nulidade de actuaciones*” (artigo 228) — limitado que está aos casos de defeitos de forma que tenham causado estado de indefesa (violando, portanto, a garantia do artigo 24, 1, “*in fine*”, da *CE*) —, dispõe-se que, se indeferida a petição, o requerente será condenado em todas as custas do incidente, às quais se acrescentará uma multa de valor variável, “*en caso de que el tribunal entienda que se promovió con temeridad*” (artigo 228, 2). Também cabe multa adicional quando a impugnação ao valor probatório de um documento público é rejeitada e, para mais, considerada temerária (artigo 320, 3, “*in fine*”). Há multa, enfim, no caso de deslealdade ou temeridade, “*a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara*”, na arguição de suspeição de peritos judiciais (artigo 344, 2, “*in fine*”). E se a impugnação menoscaba a reputação profissional do vistor, é-lhe dado requerer que o tribunal declare expressamente, ao final, a falta de fundamento.

RAMOS MÉNDEZ considera, ademais, que também os poderes-deveres judiciais relacionados à manutenção da ordem e da urbanidade durante as audiências são, em uma “perspectiva externa”, elementos que contribuem para a manutenção de uma correta

¹⁵³⁸ Cf., ademais, o artigo 243, 2 (2ª parte, “*in fine*”) da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que dispõe da mesma forma.

atmosfera durante o curso dos procedimentos¹⁵³⁹ (porque concorrem, nesse sentido, para a normalidade e para a cooperação processual, favorecendo processos hígidos); e cita, a propósito, os artigos 191 e 192 do código processual civil espanhol anterior¹⁵⁴⁰. Ao final, pondera que, entre as tendências ditas “autoritárias” — que transformam juízes em verdadeiros guardiões a serviço da “*procedural fairness*” — e as tendências mais liberais, que reconhecem no processo um espaço público de embate e não pretendem informá-lo com um nível de cortesia próprio de outros setores da socialidade, essas últimas são preferíveis: sancionados os casos teratológicos, deve-se permitir no restante a espontaneidade das condutas litigiosas, sob pena de contradizer obliquamente a garantia constitucional do acesso à justiça. Advoga, por isso, que os códigos trabalhem apenas com princípios gerais de boa-fé, deixando às magistraturas as suas concreções casuísticas¹⁵⁴¹. É, de fato, a opção do sistema espanhol, ao menos em boa medida.

VII. Na França e na Itália vigoram panoramas similares. Ambas as legislações são parcimoniosas a respeito, embora se possa encontrar, nos dois casos, enunciados gerais sancionadores. No caso francês, veja-se o artigo 32, 1, do *Nouveau Code de Procédure Civile*:

“Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une emende civile de 15 euros à 1500 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

Na Itália, por outro lado, viceja o modelo designado como “responsabilidade agravada” da parte (“*responsabilità aggravata*”), que deflui do artigo 96 do *Codice di Procedura Civile* (de 1940, em vigor no ano de 1942); e, a essa responsabilidade, acedem as hipóteses dos artigos 91 e 92 do mesmo diploma. O primeiro preceito dispõe que,

“[s]e risulta che la parte soccombente **ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave**, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza. Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui é stato eseguito un

¹⁵³⁹ Ramos Méndez, “*Abuse...*”, pp.185-186.

¹⁵⁴⁰ A publicação é de 1999, enquanto o novo código de processo civil espanhol é de 2000. No Brasil, a respeito da manutenção da ordem nas audiências, v. o artigo 445, I a III, do CPC, e o artigo 816 da CLT.

¹⁵⁴¹ Ramos Méndez, “*Abuse...*”, pp.189-190.

provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziaria o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito **senza la normale prudenza**. La liquidazione dei danni e' fatta a norma del comma precedente” (g.n.).

Já os artigos 91 e 92 estatuem que, ao prolatar a sentença, o juiz deve condenar a parte sucumbente ao reembolso das despesas da parte contrária, mais os respectivos honorários advocatícios, em valores liquidáveis pelo escrivão (“*cancelliere*”); no entanto, ao pronunciar essa condenação, pode *excluir* da conta aquelas despesas feitas pelo “*ex adverso*” vencedor, se as reputar excessivas ou supérfluas. Também pode “compensar” as despesas e distribuí-las entre as partes, parcialmente ou por inteiro, se para isso concorrer — além, é claro, da sucumbência recíproca — qualquer “*altri giusti motivi*”, dentro de sua prudente discricionariedade, “*esplicitamente indicati nella motivazione*”. E pode, mais, condenar uma das partes a reembolsar, de modo não repetível, as despesas que causou à outra por transgressão dos deveres do artigo 88 (lealdade e probidade processuais).

Nessas regras já se observam algumas inflexões interessantes no paradigma formal-processual clássico. A possibilidade de se declararem compensadas despesas suportadas pela parte vencedora em razão de um “justo motivo” que favoreça a parte derrotada (artigo 92) atenua o tradicional princípio “*victus victori expensas condemnatur*”, presente em praticamente todos os ordenamentos processuais ocidentais. Por outro lado, a regra do artigo 96 abre ensanchas para a construção de um paradigma jurisprudencial de “prudência normal” em juízo, que pareceria restringir, ao menos indiretamente, o direito de pleno acesso ao Poder Judiciário. É que todo “pedido” sempre incorporaria um risco de perda patrimonial (trabalhando psicologicamente contra o ajuizamento da ação): como entendeu a *Cassazione* italiana, o autor não age com a “*normale prudenza*” quando pede em juízo sem uma adequada valoração crítica acerca da possibilidade de que o alegado direito efetivamente subsista e possa ser positivamente declarado, podendo ser responsabilizado (assim, *e.g.*, j. 21.07.1966, n. 1983, j. 10.03.1971, n. 680, j. 20.10.1990, n. 10219, 10.10.1996, n. 8857 e, bem mais recentemente, j. 04.06.2010, n. 13627). Ulteriormente, porém, fixou-se o entendimento de que a natureza duvidosa do direito alegado em juízo — e

a consequente previsibilidade de uma possível improcedência (que pode haver, de resto, em qualquer demanda) — não é pressuposto bastante para a responsabilização do autor¹⁵⁴². Donde se pode extrair que a demanda subsumível à hipótese do art. 96, 1, afinal, é aquela sem um mínimo amparo no direito objetivo material (o que passa a interferir diretamente no campo processual), que se deduz com ânimo intencionalmente desviado (retaliação, emulação etc.) ou com grave descaso. Conciliam-se nesse passo, em modo de concordância prática (*supra*, tópico 14.1, n. III), o direito/poder de agir em juízo e a ideia de um “*honeste procedere*” derivado do princípio da cooperação processual.

Discutiu-se ainda, em doutrina e jurisprudência, qual a abrangência do art. 96 do CPC italiano (cf. *Cass.*, j. 04.06.2010, n. 13.627). Para alguns doutrinadores, o artigo 96 disciplinaria a responsabilidade das partes em caso de *lide injusta* (i.e., sem fundamentos jurídico-objetivos no plano material), exigindo dolo ou culpa grave; se, por outro lado, houvesse *lide ilegítima* (ou “*irrituale*”), assim compreendida aquela em que o procedimento instaurado é que exsurge indevido (= ausência de pressupostos mínimos) ou inadequado (= cabimento de procedimento menos gravoso), a parte culpada poderia ser responsabilizada até mesmo por culpa leve, com base no artigo 2034 do *Codice Civile* (seguindo afinal o padrão romano: “*in lex Aquilia et levissima culpa venit*”); assim, e.g., na medida cautelar requerida e obtida sem “*periculum in mora*” ou a transcrição de direito requerida e obtida fora das hipóteses dos artigos 2652 e 2653 do mesmo código civil. A jurisprudência da *Cassazione* (j. 06.02.1984, n. 874) firmou-se, todavia, no sentido de que o artigo 96 da lei processual civil fixaria mesmo a disciplina *integral* em matéria de responsabilidade processual, numa relação de “*spes/genus*” com o artigo 2034 da lei civil

¹⁵⁴² Paula Costa e Silva, *A Litigância...*, p. 295 (referindo o j. 22.08.1997). Em linha semelhante, aliás, o Tribunal Constitucional português pontuou incidentalmente, em 1991, haver virtual inconstitucionalidade na norma que viesse a equacionar o sistema de taxas e custas processuais de modo a agravar especialmente o autor nos casos de maior incerteza sobre o resultado do processo, com o efeito óbvio de *inibir* o acesso à justiça em casos não pacificados. *In verbis*: “os montantes das taxas de justiça, quer em processo penal quer em processo civil (aqui, quando confrontados com os valores das causas), não se mostram incompatíveis para a capacidade contributiva do cidadão médio, de modo que não inibem o acesso à justiça, mesmo nos casos de maior incerteza sobre o resultado do processo” (Ac. TC n. 467/1991, rel. Cons. ASSUNÇÃO ESTEVES). “A contrario”, se inibissem, haveria o vício. Impecável, a nosso ver, a orientação perfilhada (conquanto, no mérito, não se tenha reconhecido qualquer inconstitucionalidade). Fôssemos noutra direção, o valor do “*procedural fairness*” convolar-se-ia em *desvalor*, por agredir o conteúdo essencial do direito de acesso aos tribunais (no Brasil, artigo 5º, XXXV, da CRFB; em Portugal, artigo 20º, 1, da CRP — v. abaixo o tópico 20.3, n. II).

(prevalecendo, pois, a lei especial sobre a geral)¹⁵⁴³, de modo que o instituto da responsabilidade processual agravada viria a exaurir todas as hipóteses de dano intraprocessual, seja por lide injusta (= materialmente imprópria), seja por lide ilegítima (= procedimentalmente imprópria), precluindo a possibilidade de invocação do artigo 2034. E, com efeito, não havia mesmo razão de fundo para se reger diversamente a responsabilidade por lide injusta e aquela por lide ilegítima. Sentido haveria, talvez, em que fossem ambas abrangidas pelo regramento do código civil; mas, nessa hipótese, já não se explicaria a existência do artigo 96 do CPC italiano (pelo qual o legislador pretendeu mesmo *modular* as responsabilidades por danos intraprocessuais, conciliando — como visto — o direito de ação e o “*honeste procedere*” processual).

Em ambos os sistemas (francês e italiano), nota-se que as principais construções em torno da má-fé processual partem também do conceito jurídico-material de abuso de direito. Na França, abre-se expresso ensejo legal para a responsabilização por culpa “*in agendo*”, enquanto na Itália o texto legal tanto sanciona a culpa “*in agendo*” como a culpa “*in non faciendo*” (i.e., pela resistência). Nos dois países — primeiramente na França e depois na Itália —, a noção básica de abuso de direito evoluiu com a “modernização” que os direitos de propriedade conheceram a partir do século XIX. O marco da sua maturidade conceitual deu-se, na França, com JOSSERRAND e o seu ensaio sobre o “*abus de droit*” em 1927 (“*De l’esprit des droits et de leur relativité (Théorie de l’abus des droits)*”)¹⁵⁴⁴. Na Itália, por outro lado, o código de processo civil de 1865 ainda enaltecia o processo/procedimento como arma destinada essencialmente a assegurar, para os proprietários, a plena fruição de todas as liberdades e faculdades que os direitos de cidadão — e muito especialmente o direito de propriedade — ilimitadamente lhes proporcionaria (o que aparece, p.ex., na publicação dos trabalhos preparatórios do *Codice di Procedura Civile Del Regno d’Italia*, de 1866). Essa visão de mundo só encontraria algum refluxo em 1942, com a entrada em vigor dos novos códigos civil e processual civil, ambos inspirados por uma nova filosofia: a de *limitar* as concepções tradicionalmente absolutas em torno do direito de propriedade e de outros direitos fundamentais (“*divieto di atti di emulazione*”), elidindo os recorrentes

¹⁵⁴³ Paula Costa e Silva, *A Litigância...*, p.298.

¹⁵⁴⁴ Angelo Dondi, “*Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France*”, in *Abuse...*, Michele Taruffo (ed.), p.110.

usos abusivos do direito material e do direito processual que o tutela; e, em linha de natural desdobramento, também os usos negligentes danosos¹⁵⁴⁵. Danosidade que, de resto, afere-se tanto entre as partes adversárias como também nas próprias relações das partes com seus advogados, hoje sujeitos a pagar indenizações pelo resultado litigioso negativo que possa ser atribuído à sua representação negligente (cf. *Cas. j. 06.02.1998*, n. 1286)

VIII. A Austrália está juridicamente organizada em um sistema de “*common law*”, com uma constituição federativa inspirada na *U.S. Constitution*, embora sem um “*bill of rights*”. Sua legislação não contempla uma definição geral de “abuso de direitos processuais”, fazendo-lhe às vezes as noções de “*due process*” (“*procedural*”) e de “*abuse of process*” (inespecífico, porém eficaz). Mas tampouco há uma cláusula constitucional consagrando o “*due process of law*”. Parte-se do capítulo terceiro da Constituição australiana (que prevê a autonomia do poder judicial e o papel das cortes da *Commonwealth*), de onde a *High Court* extraiu um catálogo de “*general guarantees of procedural due process*” (cf., por todos, *Leeth v. Commonwealth*, 1992), declarados apenas em nível federal.

A jurisprudência e os próprios regimentos dos tribunais cuidam de minudenciar, por sua vez, aspectos e hipóteses do abuso processual. Cada corte superior exercita o poder ancilar de direção e controle do processo e dos procedimentos, o que inclui preservá-los de abusos que comprometam as suas finalidades. Assim, p.ex., em *Varawa v. Howard Smith Co Ltd*, 1911, a *High Court of Australia* afastou a confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado, diante de situação na qual os recorridos teriam sido alegadamente orientados a se valer de processo judicial

“not for the purpose of enforcing and securing the payment of money which they believed to be due to them by the plaintiff, by way of damages or otherwise, but **for the purpose and in the hope of terrifying the plaintiff, and inducing him to pay them**, or to procure the Russian Government to pay them, money to which they did not in good faith consider themselves entitled, and to which they were not in fact entitled, and that such proceedings were an abuse of the process of the Court” (*g.n.*).

¹⁵⁴⁵ *Idem*, pp.111-112 e 123-124.

Ademais, a jurisprudência australiana também reconhece e sanciona os próprios danos colaterais provocados por abuso processual (como no caso acima, em que o procedimento fora instaurado para finalidade exógena e imprópria, estranha às suas funções legais), com possibilidade de indenizações em favor da contraparte prejudicada, no regime civil vigente de “*law of tort*”.

Como hipóteses casuísticas do abuso de direitos processuais (ou do próprio direito de ação) no contexto australiano, BEAUMONT¹⁵⁴⁶ cita as reclamações judiciais frívolas, vexatórias ou escandalosas, como aquelas que não revelem causa razoável, e todas aquelas que sirvam apenas para a exposição ou o desgaste do réu; ou ainda os processos judiciais instrumentalizados para obter um objetivo ulterior, exógeno e impróprio (*e.g.*, *Varawa v. Howard Smith Co Ltd*); ou mesmo a mera ameaça infundada de manejo de remédios processuais restritivos, que pode ser sancionada civilmente, conforme as circunstâncias concretas. Nessa ensanchar, tanto os precedentes judiciais como os regimentos internos e até mesmo certos “*acts*” federais (à maneira dos países de “*civil law*”) cuidam de concertar um tipo de “temperamento” do direito de acesso à jurisdição por meio de um sistema de salvaguardas processuais mais ou menos específicas, todas preordenadas a prevenir e sancionar os abusos processuais. P.ex., a pessoa que insistentemente abusar do processo judicial poderá ser declarada “*vexatious litigant*”, o que a impedirá de iniciar certos procedimentos sem a licença das respectivas cortes (cf. art. O-21 das antigas *Federal Court Rules*, a que correspondem os atuais arts. 6.01 a 6.03 das *Federal Court Rules* de 2011; *Vexatious Litigants Act*, de 1981; ou ainda, entre os precedentes, *Commonwealth Trading Bak v. Inglis*, de 1974; *Burgess v. Stafford Hotel Ltd*, de 1990). Em algumas situações, até mesmo a extinção do processo sem resolução do mérito por abandono do autor, se circunstancialmente maliciosa, pode ser sancionada como abuso processual (cf. *Packer v. Meagher*, 1984).

¹⁵⁴⁶ Bryan Beaumont, “*Report on Abuse of Procedural Rights for Australia*”, in *Abuse...*, Michele Taruffo (ed.), p.103.

IX. Por fim, no Japão, a notícia de TANIGUSHI¹⁵⁴⁷ é a de que a doutrina do abuso de direito foi perfilhada pela mais alta corte judicial japonesa ainda em 1919, malgrado inexistisse, no código civil japonês de 1896 (que seguira em parte o *BGB* e em parte o *Code Napoléon*), qualquer previsão a respeito. A partir da jurisprudência que assim se consolidou, a figura foi finalmente introduzida no código civil de 1947, no artigo 1º da subseção terceira, em dispositivo que simplesmente declara proibido o abuso de direitos. Sobre esse paradigma construiu-se, na doutrina, a ideia de abuso de direitos processuais. Mas tampouco o código de processo civil de 1890, que se inspirou na *ZPO* alemã de 1877, contém previsão geral a respeito. Alguns preceitos trataram de sancionar casuisticamente algumas hipóteses: *e.g.*, a rejeição de alegações serôdias (artigo 139), a perda temporal do direito de arguir vícios formais (artigo 140), a punição da parte que intencionalmente destrói documento sobre o qual pende ordem judicial de exibição em favor do “*ex adverso*” (artigo 317), ou a reprimenda à parte ou ao advogado que suscitar incidente de falsidade de documento sem bons fundamentos (artigo 331). Nada mais, porém. Por isso, com base na predita alteração da lei civil (1947), uma nova geração de processualistas japoneses passou a desenvolver, no pós-guerra, os conteúdos de um princípio geral de boa-fé aplicável às relações processuais. Na jurisprudência superior, o caso-paradigma deu-se em 1959, quando a Suprema Corte de Justiça do Japão decidiu pela impossibilidade de a parte exercer uma sua faculdade processual — a de alegar um erro procedimental para anular um julgamento —, por ter sido ela própria a provocar o vício (na linha, portanto, do secular brocado “*neminem auditur propriam tupidudinem allegans*”): tratava-se concretamente de sucessor legal que, ciente do seu ônus, não tomou as medidas legais para se formalizar na posição processual do “*de cuius*”, vendo-se depois pessoalmente prejudicado pelo teor da sentença. O “*decisum*” inclusive citava precedente de 1939, em caso muito similar; no precedente, porém, decidira-se não com base em um princípio geral de boa-fé processual, mas com base na regra do artigo 140 do código processual civil de 1890.

Em toda a casuística posterior, o princípio da boa-fé processual quase sempre aparece conjugado com a vedação civil do abuso de direito. Entende-se, ademais, que o

¹⁵⁴⁷ Yasuhei Tanigushi, “*Abuse of Procedural Rights: a Japanese Perspective*”, in *Abuse...*, Michele Taruffo (ed.), pp.215 e ss.

dever de boa-fé estende-se a todos, partes, advogados e juízes (embora TANIGUSHI não identifique caso em que o Estado japonês tenha sido responsabilizado por danos decorrentes de ato ou omissão judicial em desacordo com aquele dever¹⁵⁴⁸). Por fim, o docente da Universidade de Tóquio apresenta a tipologia básica das aplicações da boa-fé processual no contexto japonês:

- (a) proibição de comportamentos contraditórios (como no caso-paradigma de 1959);
- (b) criação artificial e imprópria de contextos processuais favoráveis a uma das partes (assim, *e.g.*, o caso do devedor de credor insolvente que, percebendo a provável sucumbência, adquiriu por apenas seis por cento do valor de face o título de crédito de um terceiro contra o seu credor, esgrimindo-o depois, pelo valor original, para fins de compensação, o que o tribunal rechaçou parcialmente — Corte Distrital de Osaka, j. 07.02.1983);
- (c) os abusos de direitos processuais específicos, como o abuso do direito de impugnar o juiz, arguindo infundadamente suspeições ou impedimentos; o abuso do direito de redesignação de audiências; o abuso do direito de recorrer; e o próprio abuso do direito de ação, que decorre do texto constitucional (artigo 32 da Constituição japonesa), mas admite modulações a bem do “*procedural fairness*”.

Quanto ao último item, aliás, modulações no direito de ação já se conheciam antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, sob a égide da “Grande Corte da Judicatura” (“*Daishin-in*”) — à época a máxima corte judicial japonesa —, que inclusive reputou abusiva certa ação movida por um filho contra o seu pai, com base em princípios do Confucionismo (“*Unless absolutely necessary, such action is not permissible as contrary to the spirit of our beautiful family system and violating our people’s traditional moral based on the filial piety*” — j. 12.07.1943).

¹⁵⁴⁸ *Idem*, p.220.

§ 18°. “*PROCEDURAL DUE PROCESS*”, JUSTO PROCESSO E “VERDADE”

I. “*Due process of law*” em sentido procedimental não consiste, há pouco dizíamos (tópico 16.5.1), apenas em *garantias mínimas de meios*. Consiste também em *garantias de resultados*, i.e., decisões comprometidas com uma *ordem jurídica justa*. Daí se deduz que, na dimensão dos *atos*, o processo deve ser capaz de reproduzir, com a maior autenticidade possível, a *historicidade* da lide sociológica (i.e., os seus elementos, condições e circunstâncias de fato).

Essa necessidade releva tanto mais quanto mais a interpretação/aplicação do Direito dependa de raciocínios *subsuntivos* (como se dá, p.ex., no Direito Penal e no Direito Tributário, ambos ancorados em teorias do tipo e na ideia de “*Tatbestand*”); e, da mesma maneira, evolui na proporção direta da dignidade das pretensões materiais que se digladiam no processo (assim, e.g., no processo penal, em que pende de regra a ameaça da privação de liberdade). Não por outra razão, os antigos processualistas pontificavam que no processo penal havia de prevalecer a chamada “*verdade real*”, a refletir com a maior proximidade possível os fatos históricos relevantes para o litígio, enquanto no processo civil bastaria ao julgador uma “*verdade formal*”, definida menos pela realidade do que pela interação dinâmica das diversas posições processuais (direitos, deveres, poderes, sujeições, ônus e faculdades)¹⁵⁴⁹. Daí ter dito CHIOVENDA¹⁵⁵⁰, para o processo civil, que

“[p]rovar significa forma o convencimento do juiz acerca da existência ou não existência de fatos de importância no processo. Por si a prova da verdade dos fatos não pode limitar-se; mas **a prova no processo, à diferença da prova puramente lógica e científica, experimenta uma primeira limitação na necessidade**

¹⁵⁴⁹ Cf., por todos, Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.61: “No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença. [...] A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes”.

¹⁵⁵⁰ Chiovenda, *Princípios...*, t. II, p.296 (g.n.).

social de que o processo tenha um término; uma vez firme a sentença, a indagação sobre os fatos do pleito resta definitivamente encerrada, e desde aquele momento o direito já não cuida mais da correspondência entre os fatos estimados pelo juiz e a realidade das coisas, e a sentença resta como afirmação da vontade do Estado, sem que conserve influência alguma sobre seu valor o elemento lógico que a produziu”.

No processo penal, por outro lado, tais limitações seriam mais flexíveis. De todo modo, é cediço que, em *questões de fato* (“*quaestiones facti*”) — diversamente das *questões de direito*, que de regra se resolvem “*por consulta de textos legais facilmente acessíveis ao juiz, e, em seguida, por raciocínio ou dedução*” —, exige-se *investigação processual* bastante para se chegar, tanto quanto possível, a uma solução ou resposta **verdadeira**¹⁵⁵¹, porque disso depende em grande medida o conteúdo de justiça da decisão. Daí se intuir, a partir da ideia de que o processo equitativo visa à consecução de resultados materialmente justos (logo, à conformação tendencial de uma ordem jurídica justa), que a “Verdade” seria um valor determinante — mais ali (processo penal) do que aqui (processo civil) — para que um dado processo pudesse ser reputado “justo” (equitativo) nos seus *meios* e também nos seus *resultados*.

II. Essa, porém, não é uma afirmação ileza de polêmicas. Vislumbramo-las várias, mormente quando já se tem por adquirido que o tempo presente esgueira-se — ou, mais ainda, entende-se — pela fragmentação, pela desreferencialização, pelo relativismo, pelas incertezas e por todas as demais características da pós-modernidade (*supra*, §11º, em especial tópico 11.1, n. I). Aqui, ater-nos-emos a apenas três dessas polêmicas, a saber: **(a)** quanto aos “*conteúdos de verdade*” exigíveis nas classes processuais; **(b)** quanto aos fatos (verdadeiros) como *objeto* da atividade probatória; **(c)** quanto à Verdade como *possibilidade* do devido processo formal. Analisemo-las uma a uma, com particular atenção para a última.

Quanto aos diversos “conteúdos de verdade” que a doutrina tradicional tomou por necessários em cada classe processual, há muito se vê tal assertiva ser desmentida pela realidade e pela própria Ciência do Direito (paulatinamente). Nas causas não penais que

¹⁵⁵¹ Castro Mendes, *Direito processual civil*, v. II, p.442.

versam sobre pretensões materiais que atraíam vivamente o interesse público, praticamente não existem concessões à verdade formal, como nos litígios de família ou de infelizmente (acidentes de trabalho). Por isso que em todos eles há, em grande parte dos sistemas judiciários ocidentais, a obrigatória intervenção do Ministério Público, se não como parte, ao menos como “*custos legis*”¹⁵⁵². No próprio processo do trabalho (que indubitavelmente perfaz classe processual não penal), tem-se amiúde entendido que a atividade instrutória deve reger-se por um critério de persecução da “verdade real” (i.e., de efetiva reprodução da faticidade histórica¹⁵⁵³), sob impulso oficial do juiz (no Brasil, pelo expresso comando do artigo 765 da CLT; em Portugal, veja-se o artigo 35º, 2, do CPT¹⁵⁵⁴), porque inclusive mais consentâneo com os princípios materiais do Direito do Trabalho (como, p.ex., o princípio da primazia da realidade). Sobre isso, aliás, apontávamos alhures que os sistemas legais hodiernos tendem a fazer — e devem fazê-lo — uma

“[...] opção por um processo laboral **progressista, deformalizado, instrumental e eficaz**. Tudo a convergir para uma **tríplice concepção** do processo, a saber:

“• **concepção publicista do processo**: o processo do trabalho persegue objetivos de inapelável *interesse público*, razão pela qual ao juiz cabe agir ativamente na busca da verdade real e das medidas necessárias para a preservação da ordem pública (o que importa em reconhecer que da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho material deriva também uma indisponibilidade de natureza processual, em vários níveis) [...]”¹⁵⁵⁵

¹⁵⁵² Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.61.

¹⁵⁵³ Assim, recentemente (e por todos): “**PROVA. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.** Na hodierna concepção do direito processual, é vedado ao Julgador manter-se inerte quanto à busca da verdade real, podendo, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, artigo 130). Dessa forma, o princípio dispositivo é relativizado, cedendo lugar a um sistema mais justo, em que a prestação jurisdicional deve ser precedida de uma investigação acerca dos fatos que deram origem ao litígio. Nesse quadro, a distribuição do ônus da prova não deve ser vista de forma rígida, posto que o Juiz não pode assumir a posição de mero expectador, devendo, a despeito da omissão das partes, produzir as provas necessárias à formação do seu próprio convencimento” (TRT 3ª Reg., Proc. n. 00759-2009-084-03-00-6 RO, 6ª T., rel. ANEMAR PEREIRA AMARAL, in DEJT 01.02.2010, p.281). Mesmo no TST já se encontram, hoje, arestos referindo a “verdade real” como um valor do processo do trabalho.

¹⁵⁵⁴ *In verbis*: “1. As partes podem apresentar qualquer meio de prova, salvo se o despedimento tiver sido precedido de processo disciplinar, caso em que apenas é permitida a apresentação de prova documental. 2. **O tribunal pode, oficiosamente, determinar a produção de outras provas que considere indispensáveis à decisão**” (g.n.).

¹⁵⁵⁵ G. G. Feliciano *et al.*, *Fênix...*, tópico 1.1 (negritos no original).

Ademais, as tendências legislativas amadurecidas a partir de meados do século XX revelam que “*o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas*”¹⁵⁵⁶. Por isso, os modernos manuais de teoria geral do processo já não se perdem na distinção entre “verdade real” e “verdade formal”, limitando-se a reconhecer, para toda e qualquer classe processual, a eminência do *princípio da livre investigação das provas* (ínsito, no Brasil ao artigo 197 do CPP, aos artigos 130 e 131 do CPC e ao precitado artigo 765 da CLT), que concede ao juiz o poder discricionário de determinar, *com base na natureza dos interesses materiais “sub iudice” e nas circunstâncias do caso concreto*¹⁵⁵⁷, quais os limites da sua atividade instrutória autônoma.

Quanto à ideia da Verdade como *objeto* da atividade processual probatória, há também algumas restrições, tanto na doutrina tradicional como nos contemporâneos. Terminologicamente, CASTRO MENDES observa que não são os *atos* o objeto da prova, mas sim as *afirmações* ou *alegações de fato*, porque essas é que são verdadeiras ou falsas¹⁵⁵⁸. O reparo, portanto, é basicamente vocabular (e por isso mesmo irreprochável): *atos* são *atos*, sendo pleonástico designá-los como “verdadeiros”: se não existiram (i.e., se são “falsos”), *não* são fatos. “Fato falso” é “*contradictio in terminis*”. Por isso, o que a atividade instrutória afere é a verdade do que se *alegou*: sendo uma alegação verdadeira, terá havido *fato*; do contrário, não. No mesmo diapasão, aliás, dissera bem antes CARNELUTTI: “[c]iò che si prova è una affermazione; quando si parla di provare un fatto, questo avviene per il solito scambio tra affermazione e Il fatto affermato”¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁶ Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.61.

¹⁵⁵⁷ Porque o *balizamento objetivo* é o que prevenirá eventuais violações à garantia da imparcialidade: “o poder discricionário do juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age na direção do processo, *solutus partibus, mas não solutus lege*” (Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.62). Iríamos algo além, contudo, para um pequeno reparo: a discricionariedade judiciária cinge-se primeiramente ao âmbito da *Constituição*, depois ao da lei (naquilo que evidentemente não conflitar com o texto constitucional; diante do conflito, porém, poderá inclusive agir “*solutus lege*”, desde que “*secundum constitutionis mandatum*”). Sobre discricionariedade judicial, v., *infra*, o tópico 23.1

¹⁵⁵⁸ Castro Mendes, *Direito processual civil*, v. II, p.443.

¹⁵⁵⁹ Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1936, v. I, p.674.

Há, porém, dissensos¹⁵⁶⁰. E esse reparo não muda, ademais, o elemento tendencial apresentado como premissa: a função legal da atividade probatória é a demonstração da *realidade dos fatos* (ut artigo 341º do CC português); logo, da “Verdade” (em sentido histórico e objetivo). Desse modo, conciliando os dois pontos de vista, pode-se afirmar que o objeto da atividade probatória é mesmo o *conjunto das questões de fato com caráter controvertido, relevante, pertinente e não autoevidente* (porque questões de fato sem esse quádruplo caráter não têm *necessidade de prova*¹⁵⁶¹), mas por um seu específico **atributo**: o *conteúdo de veracidade* (o que diz com a objetividade/historicidade dos fatos como narrados pelas partes). Noutras palavras, o *objeto* circunscreve-se aprioristicamente pelas alegações de fato das partes, mas o *fim* não se despreza da objetividade/historicidade dos acontecimentos (e por isso não é incomum que o juiz estenda a atividade probatória para aspectos que não estavam nas alegações), a se investigar *com pretensões de representação dos fatos*, tão perfeita quanto possível (= atitude cognitiva ou objetivante), embora o resultado final — i.e., a *decisão judicial* (a sentença, o acórdão, etc.) — dê-se em modo de

¹⁵⁶⁰ E.g., Erich Döhring, *La prueba*, [s.t.], Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2003, p.22; Gian Antonio Micheli, *L'onere della prova*, Padova, Cedam, 1966, §16; Hernando Devis Echandia, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalia, 1970, v. I, § 36. O último acentua que, “[...] *no obstante que teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, como lo observa MICHELI y lo advierte también SILVA MELERO, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen, en todo caso, los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones. Por eso, según observación del magistrado español, “ha podido decirse que alegación en sentido procesal es, por consiguiente, una afirmación de algo como verdadero, que procesalmente debe ser demostrado”, esto es, afirmación de hechos; a lo cual agregamos que puede ocurrir también que se prueben hechos no alegados antes, en cuyo caso se presentará el problema de saber si el juez debe tenerlos en cuenta en su sentencia* (relaciones de la congruencia con la causa pretendida de la demanda, con los hechos sustanciales o secundarios y con las excepciones probadas pero no alegadas) mas, ciertamente, dichos hechos han sido objeto de prueba en ese proceso. [...] Si la tesis que considera las afirmaciones de la prueba en general fuera correcta, necesariamente el objeto de cada uno de los medios de prueba estaría constituido también por esas afirmaciones; pero esto es evidentemente falso, porque objeto del testimonio, de la confesión, del dictamen de los peritos y de la inspección judicial, son los hechos narrados por el tercero y por la parte, examinados por los peritos o percibidos por el juez. [...] **En la doctrina prevalece sin duda el concepto que ve en los hechos el objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre, las reglas de experiencia, según algunos, y el juicio mismo que sobre los hechos se tenga, como más adelante veremos, tomando el término en sentido amplio y no gramatical. Las citas hechas en el número anterior no sólo demuestran esta conclusión, sino también que la discusión acerca de si debe hablarse de hechos en general o de controvertidos en particular, se ha definido en favor de lo primero**” (pp.155-157 — g.n.). E segue a demonstrar, às pp.157-158, como o próprio CARNELUTTI teria perfilhado mesmo entendimento na obra acima citada (nota n. 1559), conquanto tenha se apegado, na passagem transcrita, à ideia de prova na linguagem *comum*, i.e., como “*comprobación de la verdad de una proposición afirmada*” (e não como atividade processual instrutória).

¹⁵⁶¹ Cf. Devis Echandia, *Teoría...*, §35. Para DEVIS ECHANDIA, porém, mesmo na falta de “necessidade de prova” alguns fatos podem ser *objeto* de prova, i.e., podem ser valorados entre as “*quaestiones facti*” e basear a decisão judicial (assim, e.g., os fatos notórios e os não controvertidos).

atitude conformativa¹⁵⁶², derivada da tensão dinâmica entre fato, valor e norma¹⁵⁶³. Apenas não será assim se se admitir, com CASTANHEIRA NEVES¹⁵⁶⁴, que não é teoricamente possível distinguir entre *questões de fato* e *questões de direito*; mas não sendo essa a nossa premissa — e nem havendo aqui espaço para debate filosófico de tamanha envergadura —, seguimos com a percepção de que a atividade probatória caminha *tendencialmente* para a aferição da verdade histórico-objetiva dos fatos relevantes e pertinentes para a causa (atributos que se comunicam às respectivas questões, que ademais devem suscitar alguma dúvida subjetiva: eis o seu necessário caráter não autoevidente e controvertido). Isso nos leva à derradeira polêmica: a *Verdade* é, afinal, uma possibilidade para o processo? Vejamos com vagar no item seguinte.

III. A Verdade é objetivável no processo? Antecipamos algo dessa discussão logo de início, no que foi necessário para desvelar a falácia do juiz “neutro” (*supra*, tópico 5.2). Disséramos então do equívoco da perspectiva liberal-formal em pretender subsunções “*more geometrico*” e sentenças baseadas em raciocínio cartesiano-euclidiano (pretendendo, pois, uma atitude *pan-cognitiva* para as decisões judiciais). O discurso jurídico — e, dentro dele, o discurso judicial decisório — não tem a função de meramente representar fatos, distinguindo entre o “falso” e o “verdadeiro”, sendo aliás de difícil deslinde, até mesmo no plano filosófico, o conceito de “Verdade”. A linguagem do Direito comunica basicamente *atitudes conformativas*, com pretensão de acerto (e não de “verdade”); e a função geral do discurso jurídico é a de estabelecer relações interpessoais legítimas, não a de descobrir verdades absolutas.

Mas também dizíamos que, a despeito dessa *caracterização geral* do discurso jurídico, os modos de comunicação habermasianos não podiam ser concebidos como

¹⁵⁶² *Supra*, tópico 5.2, n. VI.

¹⁵⁶³ *Supra*, nota n. 252.

¹⁵⁶⁴ Cf. António Castanheira Neves, *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: Ensaio de uma reposição crítica*, Coimbra, Almedina, 1967, *passim*. V. também, do mesmo autor, *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp.162 e ss. (especialmente à p.163: “A questão-de-facto — no sentido metodológico aludido — comporta dois momentos fundamentais: 1) a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática; 2) a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos. Com o que a **questão de facto se nos revela também como uma questão jurídica**: a questão da metodológico-jurídica determinação e comprovação dos “dados” do problema jurídico concreto” [g.n.]).

departamentos estanques. Ao contrário, a pragmática do discurso agregaria frequentemente duas ou mais pretensões de validade, no mesmo ato, sem prejuízo de sua *atitude funcional básica* (no caso do Direito, a atitude conformativa). Nesse enalço, discutir outras pretensões de validade — como neste caso a pretensão de “verdade” — deve fazer sentido na perspectiva daquela atitude funcional básica, ou seja, na perspectiva do *ganho* ou da *perda de legitimidade* no estabelecimento de relações interpessoais (= “acerto”/“desacerto”). É aqui, portanto, que o conceito-valor *Verdade* encontra o seu lugar no contexto semântico-axiológico do processo judicial: como um *elemento configurador da legitimidade* (no aspecto sociológico) e da *justiça da decisão* (no aspecto ético-jurídico, da consecução da justa composição do litígio). Mas não a Verdade como valor absoluto, e sim como **valor-tendência**. O que nos devolve à doutrina portuguesa:

“No âmbito do princípio da livre apreciação da prova, não é exigível que a convicção do julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade* ou *verossimilhança*, que o necessário recurso às presunções judiciais [...] por natureza implica, mas que **não dispensa a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança**”¹⁵⁶⁵.

IV. Com efeito, o que é afinal a Verdade?

¹⁵⁶⁵ Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.161 (g.n.). Em sentido similar, mas no marco filosófico, veja-se, de MARTIN HEIDEGGER, *Meditação*, trad. Marco Antônio Casanova, Petrópolis, Vozes, 2010, pp.15-16, 100-116; e “*Sobre a Essência da Verdade*”, in *Os Pensadores*, São Paulo, Abril Cultural, 1973, pp.138 e ss.: a verdade como causa-e-efeito da liberdade de ser *historial*; o verdadeiro como a “representação mais clara” do real, mas ainda contingente na “constância do entre” em que se *essencia* o ser-aí (“*Dasein*”), porque o ser é uma constante invenção do exercício de sua liberdade (e, portanto, não se entende como objeto ou ato, mas como *processo*; assim também se dá com o “ser” da verdade). *In verbis*: “Será que o verdadeiro é apenas um resíduo do objeto ou um adendo do sujeito? Ou será que ele é em parte objetivo, em parte subjetivo, ou nenhum dos dois? Será que a essência do verdadeiro em geral se movimenta na relação sujeito-objeto?” (*Meditação*, p.111). Nos lindes do processo judicial, a resposta a essa derradeira pergunta é desenganadamente um “sim”: a verdade do processo judicial está muito mais próxima da errância ontológico-históricahistórica heideggeriana do que da “*Alétheia*” (como “verdade do ser”). Enfim, sobre a especial extensão que essa ideia-força (Verdade) ganha no processo civil estadunidense, a ponto de praticamente se não admitirem sigilos documentais após a definição judicial da controvérsia, v. Geoffrey Hazard Jr., ““*From Whom No Secrets are Hid*”: *Segretezza e ricerca dela verità nel processo civile*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1999, v. 53, n. 2, pp.466-489.

Uma dissertação não bastaria para debatê-la em todas as suas dimensões filosóficas. Poder-se-ia compreendê-la desde a “*alétheia*” de PARMÊNIDES, passando pela noção aristotélico-tomista de *verdade-concordância* (juízo/essência), pela ideia de verdade como *limite ideal* (C. S. PEIRCE) ou de verdade como *redundância* (G. FREGE, F. P. RAMSEY), ou mesmo pelas teorias pragmáticas da verdade (*e.g.*, W. JAMES), até se culminar com a tese heideggeriana de verdade como “salvaguarda do ser” (“*Warh*” → “*Wahrheit*”), o que nos ofertaria horizontes muito abrangentes¹⁵⁶⁶. Bem diz CAMELLO, entretanto, que discutir filosoficamente a Verdade já não é, sobretudo entre os contemporâneos, discutir seu conceito, mas discutir as suas condições e os seus critérios¹⁵⁶⁷. Para os efeitos deste tópico, portanto, bastamo-nos com as condições de possibilidade de FOUCAULT (lido por CANDIOTTO¹⁵⁶⁸), para quem

“[...] a verdade é indissociável da singularidade do acontecimento. **Aquilo qualificado de verdadeiro não habita num já-aí; antes, é produzido como acontecimento num espaço e num tempo específicos.** No espaço, na medida em que não pode ser válido em qualquer lugar; no tempo, porque algo é verdadeiro num tempo propício, num *kairós*.”

“Vale destacar ainda **seus mensageiros e operadores privilegiados**: são os que possuem os segredos dos lugares e do tempo, os indivíduos submetidos aos exames de qualificação e que pronunciam palavras requisitadas ou cumprem gestos rituais, aqueles ainda sobre os quais a verdade escolheu para abater-se: profetas, adivinhos, inocentes, cegos, loucos, sábios e assim por diante. **Trata-se de uma verdade descontínua, não-universal, dispersa e que se produz como acontecimento.**”

“Segue a possibilidade de **duas histórias da verdade: uma da manifestação daquilo que é**: verdade-apofântica, verdade-descoberta, verdade-abstrata, constante, demonstrada e objetiva que faz uso da

¹⁵⁶⁶ Cf. Simon Blackburn, *Dicionário Oxford de Filosofia*, trad. Desidério Murcho *et al.*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1997, pp.161, 210, 292, 333-334, 401-403. V. ainda, para uma compilação sintética e objetiva (que emoldura um alinhamento marcadamente tomasiano), Maurílio José de Oliveira Camello, “A *Questão da Verdade na Filosofia*”, in *Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia*, Pouso Alegre, Faculdade Católica de Pouso Alegre, 2009, v. 1, n. 1, *passim* (disponível em http://www.theoria.com.br/edicao0109/A_questao_da_verdade_na_Filosofia.pdf, acesso em 26.02.2011).

¹⁵⁶⁷ *Idem*, p.05 (citando P. K. MOSER, D. H. MULDER e J. D. MOSER).

¹⁵⁶⁸ Cf. Cesar Candioto, “*Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault*”, in *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2007, v. 48, n. 115, pp.204 e ss. (*g.n.*).

mediação de instrumentos; **outra, da ordem daquilo que acontece**, das técnicas de produção, da captação mediante rituais e recusas, efeito de jogos de verdade que ocorrem nas práticas concretas. **Enquanto a verdade-descoberta discute questões de método, a verdade-acontecimento estabelece estratégias; se a primeira sublinha relações entre sujeito e objeto, a segunda enfatiza choques arriscados, reversíveis e belicosos, enfrentados por aqueles que são tomados por ela.**

“A comparação entre as duas modalidades de verdade visa sugerir que **a verdade-demonstração, atualmente identificada com as práticas científicas, deriva da verdade-ritual**, quando se faz sua genealogia, quando é examinado seu começo de pouca glória. **Ainda que a verdade-demonstração tenha adquirido proporções gigantescas, constitui apenas um aspecto e uma modalidade da verdade-acontecimento e de sua tecnologia**”.

A bipartição foucaultiana é rica de conteúdos antropológicos e explica bem o que se persegue nos processos judiciais (que, numa leitura pós-moderna, identifica-se com os ritos de descoberta da verdade, servindo o juiz como o novo intermediário, qual o antigo “adivinho” ou “profeta”). Perquire-se, na medida das possibilidades factuais e das regras do jogo procedimental, a *verdade-demonstração*, quase que à maneira das verdades científicas; mas se trata, antes de tudo, de uma *verdade-acontecimento*, que muito sofrivelmente se consegue se aproximar, por representação, daquela primeira. Conhecida essa estrutura fundamental, o caminho menos tortuoso para o equacionamento da questão processual da Verdade é o abandono de quaisquer pudores “absolutizantes” e a sua desassombrada *acontecimentalização* (“*événementalisation*”), o que não se limita ao *acontecimento-objeto*, mas alcança também o *acontecimento-sujeito*: o conceito de sujeito de razão deve ser igualmente “acontecimentalizado”, superando-se as pressuposições dogmáticas de universalidade e necessidade e reconhecendo-se a sua constituição histórica e cultural, o que implica “*encontrar o jogo de forças e estratégias que, num dado momento, o formou e o fará funcionar como evidência, universalidade e necessidade*”. Noutras palavras, “[a]contecimentalizar o sujeito acarreta reconstruir o ‘*poliedro de inteligibilidade*’ que atua na sua constituição”¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁹ *Idem, ibidem* V. também, do próprio MICHEL FOUCAULT, *Dits et écrits: 1954-1988 (Édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange)*, Paris, Gallimard, 1994, v. IV, pp. 23 e ss..

Isso bem se entende no processo. Como em toda ação humana, a investigação (processual) da Verdade não é indene de *interesses*. De regra, a conduta humana é teleologicamente orientada¹⁵⁷⁰. O interesse tanto pode ser um “*prius*” (e então, no plano judiciário, haverá provavelmente um vício quanto à garantia da imparcialidade) como pode ser um “*posterius*” (como é o ideal da verdade científica, em que o interesse se manifesta como *não interesse*: neutralidade de propósitos para a aquisição da verdade pelo experimento). Nas ciências humanas aplicadas, porém, o problema epistemológico da Verdade ganha em complexidade, porque (a) os textos e fatos interpretados são eles próprios interpretações (o que remonta à “alegoria da caverna” de PLATÃO e ao autoengano consistente derivado da “*eikasia*”¹⁵⁷¹); (b) nas filosofias e nas ciências humanas em geral, *sujeito* e *objeto* do conhecimento coincidem, dando-se o fenômeno ímpar da “vida interpretando a vida”¹⁵⁷²: o julgamento jamais se desprega das influências da experiência que forma os conceitos prévios. É sob essas grilhagens epistêmicas — inerentes à própria condição humana — que se podem descobrir “verdades” relevantes para a lide sociológica. Qualquer ordem de considerações deve partir, pois, desses perímetros naturais que restringem a tangibilidade do atributo objetivo da veracidade. A imparcialidade não está comprometida pela influência dos pré-entendimentos (*supra*, tópico 5.1, n. XII, e §2º, n. III), que inevitavelmente informam as convicções do magistrado em relação à ordem jurídica e às suas finalidades; está comprometida quando, no plano dos fatos, as ideologias pessoais convolam-se em *interesse prévio* e se instrumentalizam em estratégia para estabelecer a “verdade” conveniente, não a representação possível da verdade histórico-objetiva. Eis, afinal, o divisor de águas para a higidez do “*procedural due process*” e do paradigma “*no making a man a judge in his own case*”.

¹⁵⁷⁰ Pressuposto filosófico que originou, pelas tintas do alemão HANS WELZEL, o chamado *finalismo penal*, com raízes no pensamento de SAMUEL v. PUFENDORF. Cf., por todos, Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, 12ª ed., trad. Bustos Ramirez, Sergio Yañez Pérez, Santiago, Jurídica de Chile, 1987, *passim*; e, para uma visão panorâmica sob crivo crítico, v. Claus Roxin, *Derecho Penal: Parte General*, tomo I (*Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*), trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal (2ª ed. alemã), Madrid, Civitas, 1997, pp.241-242.

¹⁵⁷¹ *Id est*, do grau humano de capacidade de apreensão das imagens. Cf. Platão, *A República*, trad. Maria Helena da Rocha Pereira, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, *passim* (Livro VII).

¹⁵⁷² Wilhelm Dilthey, *Essência da filosofia*, trad. Manuel Frazão, Lisboa, Editorial Presença, 1984, *passim*.

V. Mas, justamente porque a Verdade encontra tantos filtros mediadores em sua representação judicial, TARUFFO¹⁵⁷³ observa que, não sendo unanimemente admitida como possibilidade filosófica (*supra*), a “verdade dos fatos” tanto menos poderia ser uma possibilidade operacional pacificamente consentida nos processos judiciais; ao contrário, os “inimigos da verdade” (“*nemici della verità*”) são muitíssimos¹⁵⁷⁴. No processo, com efeito, para além dos diversos filtros de interesse (dir-se-ia mesmo “ideológicos”) — que no limite podem comprometer a sua própria lisura formal (*supra*) —, há *limites de ordem procedural* que igualmente limitam uma genuína busca pela verdade: as “*exclusionary*

¹⁵⁷³ Cf. Michele Taruffo, “*Verità e probabilità nella prova dei fatti*”, in *Teoria...*, Didier Jr., Ferreira Jordão, pp.665-681.

¹⁵⁷⁴ Taruffo, “*Verità...*”, pp.666: “*A volte la loro avversione nei confronti della verità é chiara e manifesta; più spesso non è espressa i rimane occulta e forse inconsapevole, ma è comunque alla base di vari orientamenti che appaiono piuttosto diffusi nella cultura filosofica e giuridica*”. Já para a perspectiva contrária, no processo e fora dele (sobretudo), v. Alvin Goldman, *Knowledge in a Social Word*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp.07-09 (tratando de combater a “*veriphobia*”). *In verbis*: “*Having outlined my veritistic approach to social epistemology, I must hasten to observe that the playing field of social epistemology has been substantially preempted by world views quite opposed to the veritistic conception. I allude to such views as social constructivism, postmodernism, pragmatism, cultural studies, and critical legal studies. Although writers of these persuasions rarely use the phrase “social epistemology,” they engage in projects that bear a superficial similarity to mine. However, they all share a deep skepticism or utter repudiation of truth as a viable criterion for studying epistemic phenomena. They would raise a suspicious and even scornful eyebrow at any serious attempt to wield the concept of truth. I think they suffer from an affliction that may be called veriphobia. Although veriphobes differ from one another in the details of their preferred methodologies, they share the idea that the study of social “knowledge” should be confined to the interpersonal and cultural determination of belief: not true or false belief, just plain belief. When veriphobes talk of “knowledge,” they do not refer, as I do, to true belief, but to something like institutionalized belief. They deliberately bracket questions of truth and falsity, holding that nothing legitimate can come of any attempt to draw distinctions in those terms. Whereas epistemology derives from the Greek word episteme, meaning knowledge, their enterprise is better classified as social doxology, from the Greek word doxa, meaning opinion or belief (whether true or false)*” (p.07 — g.n.). Adiante, criticando as posições do sociólogo americano STEVEN SHAPIN (na sua obra “*A Social History of Truth*”, de 1994): “*I have no quarrel with intellectual history, cultural anthropology, or the sociology of knowledge. [...] But why tamper with the word “true” to accommodate these disciplines? We already have such words as “belief” and “opinion,” and these disciplines can ply their trades with these and kindred terms. They need no spurious help from a bogus use of “truth.” The expressions “true belief” and “accepted belief” are simply not equivalent. There are (and were) innumerable accepted beliefs that are not true, for example, that the sun revolves around the earth. Why propose this revisionary sense of “true” when there is already a perfectly good word for the concept Shapin needs, namely, “belief”? Shapin defends his use of “truth” as more “tolerant” [...] than the restrictive use, presumably because it is less prone to invite invidious judgments among different communities or cultures. But if Shapin expects his favored disciplines to abstain from veritistic appraisals of different communities, let their practitioners simply use the words “belief” and “opinion” rather than “truth.” Certainly history, cultural anthropology, and sociology of knowledge should not be deprived of the belief concept. But that does not mean that the ordinary (“restrictive”) concept of truth should be replaced by, or confused with, the belief concept*” (p.08 — g.n.). Como se percebe, GOLDMAN sustenta a possibilidade da Verdade (e, portanto, a integridade do seu conceito) nas ciências sociais e na sociedade da informação. Propõe consubstanciá-la por intermédio das ciências e da educação, do direito e da democracia, de instituições públicas confiáveis e, em geral, de interações sociais bem desenhadas (refutando, assim, o “sentido de incerteza” da pós-modernidade).

rules” (*infra*, tópico 31.1), proibitivas de determinados tipos de prova; as normas que disciplinam os procedimentos para a aquisição formal-processual da prova (condicionando-a, pois, a ritos bem específicos); as normas que vinculam o juiz quanto à valoração da prova (em especial nos ordenamentos que ainda preservam resquícios do sistema das provas legais, como é o caso do Brasil — v., *e.g.*, o artigo 195, §2º, da CLT — e de Portugal — v., *e.g.*, o artigo 393º, 1 e 2, do CC¹⁵⁷⁵); as normas que obrigam à conclusão do processo (mesmo quando ainda restam dúvidas no espírito do julgador — proibição do “*non liquet*” — e, mais, em tempo razoável); as normas que estabelecem a imutabilidade dos resultados finais (i.e., a coisa soberanamente julgada — excetuada a revisão penal “*pro reo*”, como se vê, *p.ex.*, no artigo 622 do CPP brasileiro); e assim sucessivamente.

Por isso, não poucos autores sustentam que o processo não é o espaço público adequado para a investigação científica da Verdade, devendo-se mesmo *renunciar* a essa pretensão (MONTERO AROCA¹⁵⁷⁶); o escopo do processo repousaria na solução judicial do conflito e na consequente pacificação social, não na afirmação científica das verdades a ele (o conflito) subjacentes. Poder-se-ia, se muito, aspirar a uma “verdade processual” — similar em conceito (mas não necessariamente em intensidade) àquela “verdade formal” que outrora se atribuía ao processo civil — que pouco teria a ver com a “verdade verdadeira”¹⁵⁷⁷. Voltando a FOUCAULT: o processo ofertaria aos cidadãos tecnologia bastante para se engendrar a “verdade-acontecimento” (ou “verdade-ritual”) necessária ao acerto da lide, sem qualquer compromisso de resultado com a “verdade-demonstração”. Nesse sentido, aliás, parece caminhar quase toda a cultura jurídico-filosófica de finais do século XX, desde a “*procedural justice*” de RAWLS até a “*Legitimation durch Verfahren*” de LUHMANN, passando pela “verdade prática” de CASTANHEIRA NEVES¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁵ Cf., *supra*, a nota n. 489.

¹⁵⁷⁶ Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p.244.

¹⁵⁷⁷ Taruffo, “*Verità...*”, p.667.

¹⁵⁷⁸ Cf. Taruffo, “*Verità...*”, p.668, exceto quanto a CASTANHEIRA NEVES, por nós acrescentado. Na dicção desse último, “*hoje se assiste a uma intensa revitalização da concepção argumentativa da prova jurídica (posto que profundamente diversa da primeira concepção desse tipo, a concepção pré-moderna). A prova deixa de ser uma prova de factos puros, e sim aquela específica comprovação que os problemas jurídicos, como problemas práticos, exigem — função, pois, de uma interação jurídica. (Aliás, as actuais teorias consensualistas da verdade têm da própria verdade teórica uma concepção análoga, pois também essa verdade teria por critério uma particular metodologia do discurso que iria referida e se afirmaria*

Há razão e engenho em todas essas objeções dos preditos “inimigos da verdade”. E nem mesmo poderia ser diferente, diante dos influxos da pós-modernidade. Mas tampouco se deve pecar por algum excesso fundamentalista. Levar tais raciocínios à sua máxima implicação seria afirmar que o processo/procedimento existe apenas para *legitimar* resultados — prepostos (por interesses endógenos ou de fundo) ou pospostos (por interesses exógenos ou de forma) —, quaisquer que fossem. Ora, a vingar tal ideia estaríamos em franca contradição com o que dissemos no início deste tópico (n. I) e também no final do tópico 16.5.1 (n. II), com apoio em DINAMARCO e LEBRE DE FREITAS: o devido processo não é *qualquer* processo formal, mas *um processo capaz de proporcionar resultados individual e socialmente justos*. E a ideia de justiça, neste ponto, não pode ser meramente procedimental: deve ser *material*, consubstanciada em ***uma aplicação correta — e contextual — de uma norma geral***¹⁵⁷⁹, em contradição com as ideias de *mera procedimentalização* (= justiça formal, das “fórmulas vazias”¹⁵⁸⁰) ou de *mero arbítrio* (= justiça autoritária).

sempre como resultado de um acordo comunicativo-argumentativo entre os participantes [...]. Devendo observar-se que pelo facto de regras jurídico-processuais imporem um certo regime e, portanto, limites a essa comprovação (o problema jurídico-processual da prova), não se altera a sua índole jurídico-metodológica: a verdade jurídica é uma verdade prática, não uma verdade teórico-científica)” (g.n.).

¹⁵⁷⁹ Cf. Alf Ross, *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini, Bauru, EDIPRO, 2000, p.326 (exceto pelo “contextual”, que acrescentamos). Mas ao empirismo jurídico de ROSS não escapou a sensibilidade aos condicionamentos histórico-socioeconômicos da norma geral (a que temos denominado, no plano do “*substantive due process*”, de “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais, e a que corresponde essa “contextualidade”): reportando-se mais à frente à *equity* do direito anglo-saxônico, observa que “[o] *desacordo entre o direito formalizado e as exigências de equidade se torna mais aparente quando ocorre um desenvolvimento social sem que a legislação proceda a um ajuste das normas às novas condições. Sente-se, então, uma particular necessidade de decisões contrárias ao direito formal. A princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade. Constitui circunstância histórica peculiar essa atividade de ajuste algumas vezes não ser exercida pelos tribunais ordinários, mas sim por tribunais especiais. Em tais casos, o novo direito, assim desenvolvido, passa a ser interpretado como um sistema jurídico especial, um direito de equidade com o qual se visava a complementar o direito ordinário*” (pp.328-329). É justamente o que se passou com os tribunais da *equity* na velha Inglaterra (em especial a *Court of Chancery*, não sem a recorrente crítica dos casuístas: “*um chanceler tem pé grande; outro, pé pequeno; um terceiro, pé mediano; o mesmo se passa com a consciência do chanceler*”); e, antes disso, com a “*aequitas*” e a própria justiça pretoriana — das “*actiones in factum*” e das “*actiones utiles*”— no Direito Romano (v., *supra*, o tópico 7.4).

¹⁵⁸⁰ Procedimentalização que, de resto, pode operar-se até mesmo no plano jurídico-constitucional (e não apenas naquele processo-procedimental). Tal se dá no exemplo de ALF ROSS, sobre o artigo 68 da Constituição turca de 10.01.1945: “*Todo turco nasce livre e vive livre. Goza de liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudique os outros. O direito natural do indivíduo à liberdade é limitado pelas liberdades das quais gozam os seus concidadãos. Estes limites são estabelecidos exclusivamente pela lei*”. Como pontua ROSS, “*o absoluto vazio de tal fórmula, assegurado de maneira complementar pela última frase [sobre a*

Por isso, anda bem TARUFFO quando propõe abolir certas dicotomias carentes de sentido — como “verdade formal” vs. “verdade real” (*supra*, n. II) ou “verdade absoluta” vs. “verdade relativa” —, porque, afinal, toda verdade é *relativa*, dentro ou fora do processo, considerando-se os limites normativos, espaço-temporais e/ou práticos de sua obtenção (= verdade-acontecimento); dito de outro modo, “*qualunque verità è relativa alle informazioni su cui si fonda e ai metodi che si impiegano per accertarla, e ciò vale allo stesso modo all’interno del processo e fuori del processo*”¹⁵⁸¹. Nesse encaixe, a verdade que se obtém no processo — como de resto qualquer “verdade” — será sempre *relativa*¹⁵⁸², ainda que todos os atores processuais estejam sinceramente comprometidos com a descoberta da verdade histórico-objetiva. Se há um parâmetro de “objetivação” da Verdade no processo, ele é *endógeno* e deve residir justa e curiosamente na *atitude subjetiva* dos seus atores (e, por conseguinte, no atendimento aos ditames da boa-fé e da cooperação processual), não na inteira compleição fenomenológica de um certo fato pretérito (que dificilmente se logrará descobrir, às raias do absoluto, sequer fora dele).

Já no campo fenomenológico, o que se pode obter no processo não é mais que uma *representação do fato histórico por aproximação probabilística*^{1583, 1584}, dentro de regras

“exclusividade” da lei], *é precisamente o que a torna adequada em elevado grau a servir fins ideológicos*” (adite-se: de dominação político-autoritária). Cf. Alf Ross, *op.cit.*, pp.322-323 (nota n. 08).

¹⁵⁸¹ Taruffo, “*Verità...*”, p.671.

¹⁵⁸² *Relativa*, inclusive, ao tipo de processo de que se cuida (o que nos devolve à discussão das “classes processuais” no n. II): “[...] *la verità che si consegue nel processo è contestuale, ma non tutti i contesti processuali sono uguali e portano a stabilire ‘la stessa’ verità. Alcuni contesti processuali consentono invero una migliore approssimazione alla verità dei fatti, mentre altri contesti processuali limitano, ostacolano o addirittura escludono che la verità possa essere determinata. Così, ad esempio, è chiaro che un sistema processual rigorosamente adversarial non è orientato verso la verità, mentre è più orientato in questo senso un sistema processuale nel quale Il giudice disponga di poteri d’ufficio per acquisire prove rilevanti non dedotte dalle parti*” (Taruffo, “*Verità...*”, pp.676-677 — *g.n.*). Por isso, aliás, dizíamos que a chamada “verdade real” hoje está, ao menos no Brasil, mais próxima do processo do trabalho (*ut* artigo 765 da CLT) que do processo civil (*ut* artigo 130 do CPC — uma vez que doutrina de escola entende haver aqui autorização para aquisição “*ex officio*” tão só de provas *complementares* àquelas já produzidas pelas partes).

¹⁵⁸³ Será assim, ademais, até mesmo no *processo penal*: v. G. G. Feliciano, *Teoria...*, tópico 1.1.5 (quanto à nossa *teoria da previsibilidade estatística*, como alternativa à teoria normativa da causalidade adequada, notadamente nas causas penais ambientais, em que vicejam as chamadas “leis naturais imperfeitas”, i.e., aquelas imperfeitamente conhecidas). Com efeito, “[s]endo a lei causal, na teoria da lei necessária, um elemento constitutivo do tipo objetivo, a dúvida a seu respeito proporciona, no âmbito processual, a absolvição do acusado (‘*in dubio pro reo*’) — grassando, não raro, a impunidade. Para equacionar tais dificuldades, tende-se a admitir, restritivamente, a validade das leis causais imperfeitas, desde que outras leis causais perfeitamente conhecidas não tenham aplicabilidade e não se possa formular, pelo estado da técnica, uma só hipótese irrefutável de explicação do fenômeno por outra via. Nesse diapasão, o Direito Penal Ambiental transige com a teoria da lei estatística, que toma em consideração a variabilidade do

claras que tornem as probabilidades racionalmente controláveis¹⁵⁸⁵. E, no universo das probabilidades, a técnica decisória que definirá a verdade-acontecimento pauta-se por um *regime de graus de probabilidade* assim disposto:

(a) de um modo geral (dentro de um sistema de livre convencimento racional bem escoimado de provas tarifárias e hoje predominante no processo civil), decide-se em favor da ***probabilidade prevalente*** que derivar das provas adquiridas no processo. Vale então a regra formal do “*più probabile che...*”: entre duas ou mais hipóteses de fato enunciadas pelas partes ou oportunizadas pela própria instrução processual, o juiz escolherá aquela que, com base nas provas, possuir um grau de confirmação lógica superior a todas as outras (porque seria irracional optar pelas hipóteses menos prováveis à luz das provas); ou, ao revés, optará pela hipótese negativa (do *não-fato*), se em favor da existência do fato não houver provas quaisquer ou militarem provas ilícitas, diabólicas, contraditórias ou altamente incertas¹⁵⁸⁶ (supondo-se não haver razões abstratas — i.e., legais — ou concretas — i.e., proporcionais¹⁵⁸⁷ — para a exclusão das regras de inadmissibilidade de prova ou para a inversão do “*onus probandi*”);

(b) em contextos mais específicos (como notoriamente no processo penal — à vista do critério legal dominante da “*proof beyond of any reasonable doubt*”¹⁵⁸⁸ — e em

comportamento humano, a evolução do estado da técnica e a própria natureza das ciências sociais. E, na mesma ensancha, reclama um novo paradigma causal para os problemas de causalidade em geral (e de causalidade ecológica em especial): a teoria da causalidade adequada, baseada na noção de previsibilidade estatística dos eventos regidos por leis causais imperfeitas” (Epílogo, n. III — grifos no original).

¹⁵⁸⁴ Dessa regra se excetuam, é claro, os *atos presentes*, que podem ser diretamente experienciados pelo juiz, valendo-se de *inspeções judiciais* (artigos 440 a 443 do CPC brasileiro) ou similares. Ainda assim, porém, haverá sempre a mediação cognitiva do “sujeito acontecimentalizado” (no caso das inspeções, o *sujeito-julgador*, i.e., o juiz; ou, nos mandados de constatação, o *sujeito-certificador*, i.e., o oficial de justiça). Sobre a inspeção judicial e a questão conceitual do *objeto da prova*, cf., por todos, Ovídio A. Baptista da Silva, Fábio Luiz Gomes, *Teoria Geral do Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p.300.

¹⁵⁸⁵ Taruffo, “*Verità...*”, p.677.

¹⁵⁸⁶ Dizemos “altamente incertas” (e não apenas “*incerti*”, como TARUFFO) porque entendemos que, a depender da hipótese, as *constelações de indícios* podem bastar para uma decisão em favor da existência do fato, mesmo à falta de quaisquer provas diretas (v., *infra*, o §29º; e, de nossa lavra, “*Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jan./jun. 2008, n. 32, *passim*).

¹⁵⁸⁷ V., *infra*, o § 31º.

¹⁵⁸⁸ No Brasil, veja-se, em geral, o artigo 386, VII, do CPP (“*O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação*”); e, contra

outros que concretamente desafiem, pela ponderação judicial casuística e previamente motivada, uma proteção material mais rigorosa de certos interesses¹⁵⁸⁹), decide-se em favor da *dúvida razoável*, que exclui a pretensão material contraposta (o que significa, portanto, que a decisão em favor dessa última pressupõe uma *quase certeza*, gradativamente superior à *probabilidade prevalente*¹⁵⁹⁰).

VI. Pelo quanto se colacionou e discutiu, e sem nenhuma pretensão de exaurir este debate, arriscamo-nos a placitar três assertivas. A elas.

1. Da Verdade como valor-tendência. A Verdade, como valor absoluto, pertence aos recônditos domínios da Filosofia, se não das religiões. No processo em particular, quanto às “*quaestiones facti*”, há um *mandado de veracidade* ínsito à atividade probatória: busca-se a representação mais fiel possível dos fatos como se deram no seu tempo/espço (verdade histórico-objetiva). Mas essa possibilidade deve ser consabidamente *limitada*, tanto *intrassistematicamente* (pelas normas de processo e de procedimento) como *extrassistematicamente* (pelos filtros naturais — subjetivos e objetivos — de cognição). O processo lida, portanto, com uma *verdade-acontecimento* que **tende** a uma *verdade-*

a coisa julgada, o artigo 621, I e III, do CPP (revisão criminal quando a sentença for contrária à “evidência dos autos” ou quando surgirem novas provas). Em Portugal, além dos próprios motivos do DL n. 320-C/2000 (“[...] a posição do arguido no processo penal é protegida pelo princípio da presunção de inocência, prevista no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, que surge articulado com o tradicional princípio *in dubio pro reo*, o qual implica a absolvição do arguido no caso de o juiz não ter certeza sobre a prática dos factos que subjazem à acusação”), que estão na base da última grande reforma processual penal portuguesa, veja-se, p.ex., o artigo 449º, 1, “d” e “c”, do CPP (“A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: [...] c) Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”); d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”). Como se vê, a dignidade superior da liberdade pessoal como pretensão material distende os limites formais da aquisição da verdade histórico-objetiva no processo penal, admitindo a sua rediscussão — em favor do réu e da “dúvida razoável” que o beneficie — mesmo após o trânsito em julgado material.

¹⁵⁸⁹ Inclusive, é claro, em matéria *cível*: assim, e.g., na reclamação concreta de pretensões materiais relacionadas ao direito à vida, à saúde e à integridade física, quando contrapostas com o interesse econômico da Fazenda Pública (que se nega a proporcionar remédios ou tratamentos; v., *supra*, o tópico 11.3, n. I). No seu texto, porém, TARUFFO cinge-se ao exemplo do processo penal.

¹⁵⁹⁰ In verbis: “*Tale grado [da “quase certeza”] non è precisamente determinabile, ma è evidente che esso deve essere particolarmente elevato: si tratta di un grado di conferma assai più elevato di quello della probabilità prevalente, e che deve essere praticamente equivalente o approssimabile alla certezza intorno alla veridicità dell’enunciato di fatto*” (Taruffo, “Verità...”, pp.680-681).

demonstração (FOUCAULT), mas que com ela não se pode confundir. A verdade dos fatos, no processo, é uma **verdade** (objetiva) **tendencial** — ou “*verità-probabilità*” (na tese de TARUFFO) —, o que se harmoniza, ademais, com a própria natureza do Direito como sistema objetivo que não apenas interpreta, mas também constrói a realidade (v., *supra*, tópico 5.2, n. VI).

2. Da Verdade como garantia do justo processo (“*procedural fairness*”, em sentido amplo e estrito) **na perspectiva funcional-subjetiva**. Para ser funcional, uma ideia de “verdade” como garantia de processos justos tem de vincular sobretudo o comportamento e a atitude subjetivas dos atores processuais (juízes, partes, terceiros intervenientes, auxiliares judiciários). A perspectiva funcional só faz sentido, portanto, se arrancar de uma leitura sistemática dos princípios da boa-fé e da cooperação processual (o que remete inexoravelmente aos conteúdos do §17º, *supra*). Parafraseando GOZAÍNI¹⁵⁹¹, há um princípio maior de *moralidade* que preside o conjunto dos atos processuais, como também é bem certo que, desde o engano doloso até a simples mendácia, ou desde o ardil processual até o mero ocultamento de um fato conhecido, existem vários graus de mentira. A depender da transcendência de que se revista ou da magnitude e da proporção de seu desatino, o magistrado deverá sancionar o comportamento, a bem da verdade-tendência (= verdade-acontecimento que deve tender à verdade-demonstração), sem sequer a necessidade de contar com uma regra expressa — embora os principais ordenamentos processuais a contenham (*supra*, §17º) — ou com um conceito preciso e específico que descortine o que seja “verdade” ou “mentira” para o mundo ou para o processo¹⁵⁹².

3. Da capacidade de distensão do “*procedural due process*” para a descoberta da Verdade. A *justa medida* entre os limites intrassistemáticos para a verdade-demonstração e as exigências de um processo de resultados (= justa composição de litígios)

¹⁵⁹¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, “*La verdad y la prueba*”, in *Teoria...*, Didier Jr., Ferreira Jordão, pp.737-759 (especialmente p.754).

¹⁵⁹² E quanto ao papel do **advogado** em um tal contexto? GOZAÍNI (“*La verdad...*”, p.758) também subministra o que se nos apresenta como a melhor resposta, quicá até mesmo em seara processual penal: “*A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional. [...] Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterar el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones*” (g.n.).

faz-se, no marco do “*procedural due process*”, à luz do caso concreto e das suas circunstâncias, em via de concordância harmônica; e, logo, sob as balizas do *princípio da proporcionalidade*, com os seus próprios limites (i.e., as garantias de conteúdo essencial — v., *infra*, §25º) e a sua dialética natural (i.e., a capacidade de aprendizagem das normas-garantia diretamente envolvidas). Se o devido processo formal não se completa sem o escopo de um resultado materialmente justo — o que supõe a busca da verdade histórico-objetiva dos fatos —, também não se realiza sem uma mínima indenidade das garantias processuais que predispõe (e, por isso, serve também para preservar o cidadão contra os excessos para a busca da verdade¹⁵⁹³).

Em síntese: *o devido processo formal, assim como garante a busca da verdade em favor da pessoa* (a que corresponde, de um modo geral, o escopo da consecução da ordem jurídica justa¹⁵⁹⁴; ou, na fase executiva, a garantia mesma da efetividade jurisdicional¹⁵⁹⁵), *também garante a pessoa contra a (desproporcional) busca da verdade. Há, pois, um problema de “substantive due process”* — que raramente se resolverá “*in abstracto*” — **encilhado na mais polêmica das aporias do devido processo formal**. A mediação concretizadora é por vezes feita diretamente pelo legislador (como, *e.g.*, no processo penal, em relação à pretensão material de liberdade pessoal); noutras vezes, deve fazê-la o próprio juiz.

¹⁵⁹³ O que, visto em modo retrospectivo, chega a ser um *truísmo* em meio aos panteões axiológicos dos atuais Estados Democráticos de Direito: como hoje se lê em qualquer doutrina de boa cepa, “[a] *experiência* [histórica inclusive] *indica* [...] *que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima [...]); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc.)*” (Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.296).

¹⁵⁹⁴ Em especial no *processo penal*, porque está geralmente em causa a *liberdade pessoal* do réu (e, num sentido mais abrangente, a *própria dignidade da pessoa humana* em seu núcleo irredutível, ante o irretorquível estigma da condenação criminal). Daí se admitir, naquele ensejo, a busca da Verdade até mesmo *após* o trânsito em julgado material (notas n. 1588 e 2523), o que no processo civil só se tem admitido bem mais recentemente, e ainda assim por via de exceção (hipóteses de *relativização da coisa julgada*; v., *infra*, o §32º).

¹⁵⁹⁵ Assim, *e.g.*, se a reserva (subjética) quanto à verdade se traduz em ocultamento de patrimônio, em ardis para o trespasse fraudulento da propriedade pessoal, em dilapidação dolosa e falseada de bens (como tivemos ocasião de ver, no exercício da jurisdição, com a alienação de bens arrestados confiada à lavratura de um boletim de ocorrência policial que notificava um “furto” ficcional), etc.. No Brasil, tais condutas podem configurar ato atentatório contra a dignidade da Justiça, desafiando multas (artigos 599, 600 e 601 do CPC — v., *supra*, o §17º, n. III), quando não o próprio crime de *fraude à execução* (artigo 179 do CP).

§ 19º. PROCESSO EQUITATIVO NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

I. No tópico 10.4.2, examinamos “*a vol d’oiseau*” o direito ao processo equitativo do artigo 6º da CEDH (basicamente quanto à sua pertinência objetiva e subjetiva). Agora, interessa aprofundar aqueles primeiros estudos e verificar como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem compreendido as principais garantias que subjazem ao referido artigo 6º, tanto em matéria civil como em matéria penal.

A primeira referência textual relevante ao “processo equitativo” como *conceito-síntese* aparece no caso *Golder* (*Golder v. Reino Unido*, 21.02.1975, A-018), reconhecendo-se que suas garantias não se limitam a processos pendentes, mas também alcançam o próprio acesso à jurisdição; e, mais, que tais garantias não se circunscrevem ao plano eminentemente judiciário, podendo alcançar outras instâncias que possam de algum modo nele repercutir (como visto, aliás, no tópico 16.3). A ideia de processo equitativo sintetiza, pois, os diferentes elementos que dimanam do artigo 6º da CEDH, expressa ou implicitamente¹⁵⁹⁶. No acórdão original:

“32. The clearest indications are to be found in the French text, first sentence. In the field of “contestations civiles” (civil claims) everyone has a right to proceedings instituted by or against him being conducted in a certain way - “équitablement” (fairly), “publiquement” (publicly), “dans un délai raisonnable” (within a reasonable time), etc. - but **also and primarily “à ce que sa cause soit entendue” (that his case be heard) not by any authority whatever but “par un tribunal”** (by a court or tribunal) within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1) (Ringeisen judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 39, para. 95). The Government have emphasised rightly that in French “cause” may mean “procès qui se plaide” (Litttré, Dictionnaire de la langue française, tome I, p. 509, 5º). This, however, is not the sole ordinary sense of this noun; it serves also to indicate by extension “l’ensemble des intérêts à soutenir, à faire prévaloir” (Paul Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, tome I, p. 666, II-2º). Similarly, the

¹⁵⁹⁶ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.132.

"contestation" (claim) generally exists prior to the legal proceedings and is a concept independent of them. As regards **the phrase "tribunal indépendant et impartial établi par la loi" (independent and impartial tribunal established by law), it conjures up the idea of organisation rather than that of functioning, of institutions rather than of procedure.** [...] The English text, for its part, speaks of an "independent and impartial tribunal established by law". Moreover, the phrase "in the determination of his civil rights and obligations", on which the Government have relied in support of their contention, does not necessarily refer only to judicial proceedings already pending; as the Commission have observed, it may be taken as synonymous with "wherever his civil rights and obligations are being determined" (paragraph 52 of the report). It too would then imply the right to have the determination of disputes relating to civil rights and obligations made by a court or "tribunal". [...] The Government have submitted that the expressions "fair and public hearing" and "within a reasonable time", the second sentence in paragraph 1 ("judgment", "trial"), and paragraph 3 of Article 6 (art. 6-1, art. 6-3) clearly presuppose proceedings pending before a court. [...] **While the right to a fair, public and expeditious judicial procedure can assuredly apply only to proceedings in being, it does not, however, necessarily follow that a right to the very institution of such proceedings is thereby excluded;** the Delegates of the Commission rightly underlined this at paragraph 21 of their memorial. Besides, in criminal matters, the "reasonable time" may start to run from a date prior to the seisin of the trial court, of the "tribunal" competent for the "determination ... of (the) criminal charge" (Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, pp. 26-27, para. 19 ; Neumeister judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 41, para. 18; Ringeisen judgment of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 45, para. 110). It is conceivable also that in civil matters the reasonable time may begin to run, in certain circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute" (g.n.).

Nessa linha — e em esforço de sinopse —, podem-se desde logo alinhar, com CABRAL BARRETO¹⁵⁹⁷ e sobre sólida base de julgados do próprio TEDH, quais são os fundamentos axiológicos da macrogarantia do processo equitativo, o que ela traduz em termos de liberdade de conformação legislativa e como se equaciona a relativa dificuldade de se conceituá-la geral e abstratamente (o que revela, afinal, que o “valor equitativo” do

¹⁵⁹⁷ Cabral Barreto, *op.cit.*, pp.132-133 (g.n.).

processo mede-se sobretudo “*in concreto*”, de acordo com os interesses contrapostos, as necessidades da pessoa e as circunstâncias do caso). Para o autor português,

“[o] direito a um processo equitativo perante um tribunal deve ser interpretado à luz do preâmbulo da *Convenção*, que enuncia a preeminência do direito como elemento do património comum dos Estados Contratantes. Um dos elementos fundamentais da preeminência do direito é o **princípio da segurança das relações jurídicas**, que pretende, entre outros, que a solução dada de maneira definitiva a todo o litígio pelos tribunais não seja jamais posta em causa [...]. [...] E, se o poder legislativo não está impedido de regulamentar no campo civil, por novas disposições de carácter retroactivo, os direitos decorrentes das leis em vigor, o **princípio da preeminência do direito e a noção de processo equitativo consagrado no artigo 6º** opõem-se, salvo por imperiosos motivos de interesse geral, à **ingerência do poder legislativo na administração da justiça no sentido de influenciar a solução judicial do litígio** [...]. [...] A figura do processo equitativo não pode ser definitiva *in abstracto*, antes **deve ser verificada segundo as circunstâncias particulares de cada caso**, tomando em consideração o processo no seu conjunto; e, portanto, não pode ser considerado um elemento isolado, salvo se ele revestir uma importância tal que deva ser considerado decisivo para apreciação geral do processo. [...] **Um processo equitativo exige, como elemento conatural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária**; ou, de outro modo, a parte deve deter a garantia de apresentar o seu caso perante o tribunal em condições que a não coloquem em substancial desvantagem face ao seu oponente”.

Vejamos, pois, o que tudo isso significa em termos mais específicos.

II. Quanto ao contraditório e à paridade de armas, o TEDH já decidiu inúmeras vezes tratar-se de elementos indissociáveis da ideia de processo equitativo. O contraditório implica a possibilidade de a pessoa deduzir todas as suas razões de fato e de direito, a de oferecer provas, a de controlar as provas do adversário e a de discutir o valor e os resultados de todo o conjunto probatório; isso tudo se aplica, ademais, às alegações e às provas produzidas por quem não seja rigorosamente “parte”, como o Ministério Público (quando atua como “*custos legis*”) ou — quanto à prova — o próprio órgão jurisdicional

(nos sistemas que o autorizam a tomar a iniciativa probatória, como no Brasil¹⁵⁹⁸). No caso *Lobo Machado* (*Lobo Machado v. Portugal*, 20.02.1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, n. 3), por exemplo, decidiu-se que o devido contraditório houvera sido violado, em causa trabalhista, pela ausência de vistas prévias e de oportunidade de falta à parte recorrente, quanto a parecer do Procurador-Geral Adjunto que, na qualidade de “*custos legis*”, opinava pelo desproimento do seu recurso (afinal desprovido pelo Supremo Tribunal de Justiça). Sacrificara-se, na espécie, “*the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court's decision*”.

O contraditório implica, ainda, o direito a iguais oportunidades de inquirição de testemunhas e de peritos. No caso *Feldbrugge* (*Feldbrugge v. Países Baixos*, 29.05.1986, A-099¹⁵⁹⁹), o TEDH decidiu pela violação da garantia do processo equitativo ao examinar caso de procedimento recursal que não permitia a adequada participação de uma das partes em disputa: na fase final de julgamento, produzidas as provas periciais pelos peritos permanentes do órgão, o seu presidente não abria ao representante da parte a possibilidade de consultar os autos, não a ouvira pessoalmente e nem lhe pedira arrazoados. Vulnerava-se, pela singeleza e “presteza” do procedimento, o princípio do contraditório em matéria cível¹⁶⁰⁰. Ainda quanto ao caráter contraditório das perícias, vejam-se os casos

¹⁵⁹⁸ E.g., artigo 765 da CLT. V., *supra*, o tópico 16.5.3.

¹⁵⁹⁹ Trata-se de caso em que a holandesa GEZIENA HENDRIKA MARIA FELDBRUGGE foi declarada apta para o trabalho pela entidade estatal responsável (“*Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*”), embora ainda sustentasse estar incapaz para o labor, porque doente. Como a decisão final de seu recurso para o órgão recursal (“*Raad van Beroep*”, em Haarlem) foi proferida sem que a interessada pudesse ter acesso a documentos periciais, redarguir alguns dos peritos ouvidos ou mesmo produzir contraprova pericial, queixou-se ela perante o TEDH, que terminaria reconhecendo a violação à garantia do contraditório (e portanto à paridade de armas, mas não com toda a extensão reclamada). Segundo as razões de FELDBRUGGE, “*she had been denied a ‘fair hearing’ before the President of the Appeals Board. In this connection, she alleged a two-fold violation of the principle of equality of arms with the Occupational Association. In the first place, she had not had the opportunity of appearing — either in person or represented by a lawyer — to argue her case. Secondly, the reports of the two permanent medical experts had not been made available to her (see paragraph 12 above), with the result that she had not been able either to comment on them or, if thought necessary, to call for a counter-expertise; yet in practice these documents provided the President of the Appeals Board with the sole basis for his decision*” (g.n.).

¹⁶⁰⁰ O que demonstra, uma vez mais, que “duração razoável” e “celeridade” não se confundem (v., *supra*, a nota n. 1470). In *verbis*: “*On the other hand, the procedure followed before the President of the Appeals Board by virtue of the Netherlands legislation was clearly not such as to allow proper participation of the contending parties, at any rate during the final and decisive stage of that procedure. To begin with, the*

Mantovanelli (*Mantovanelli v. França*, 18.03.1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) — que reportaremos logo adiante — e *Kerojärvi* (*Kerojärvi v. Finlândia*, 19.07.1995, A-322).

Em sentido semelhante, agora quanto às testemunhas, decidiu-se pela vulneração do processo equitativo nas condenações proferidas com base em oitivas de testemunhas “anônimas”, que não podem ser submetidas ao contraditório¹⁶⁰¹.

*President neither heard the applicant nor asked her to file written pleadings. Secondly, he did not afford her or her representative the opportunity to consult the evidence in the case-file, in particular the two reports - which were the basis of the decision - drawn up by the permanent experts, and to formulate her objections thereto. Whilst the experts admittedly examined Mrs. Feldbrugge and gave her the opportunity to formulate any comments she might have had, the resultant failing was not thereby cured. In short, **the proceedings conducted before the President of the Appeals Board were not attended, to a sufficient degree, by one of the principal guarantees of a judicial procedure**” (g.n.).*

¹⁶⁰¹ *V. Kostovski v. Países Baixos* (20.11.1989, A-166); *Windisch v. Áustria* (27.09.1990, A-186). No primeiro (caso *Kostovski*), estabeleceu-se uma interessante discussão sobre a compatibilidade de testemunhos “anônimos” com a garantia do processo equitativo, concluindo-se pela negativa. *In verbis*: “**43. En outre, l’absence des dites personnes anonymes empêche les juges du fond d’étudier leur comportement pendant un interrogatoire, donc de se former eux-mêmes une opinion sur leur crédibilité. Assurément, ils recueillirent des preuves sur ce dernier point (paragraphes 17 et 19 ci-dessus) et ils apprécèrent les déclarations en cause avec prudence, comme le veut le droit néerlandais (paragraphe 32 ci-dessus), mais cela ne saurait guère passer pour remplacer une observation directe. [...] A la vérité, des juges d’instruction avaient ouï l’un des intéressés. Il échet pourtant de relever — en sus de l’absence du requérant et de son conseil lors des interrogatoires — qu’ils ignoraient eux-mêmes son identité (paragraphes 15-16 ci-dessus); cela ne put manquer d’influer sur le contrôle de sa crédibilité. Quant à l’autre personne anonyme, seule l’entendit la police (paragraphes 11 et 17 ci-dessus). [...] Dès lors, on ne saurait dire que la procédure suivie devant les autorités judiciaires ait compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense. [...] 44. Le Gouvernement souligne qu’aux Pays-Bas, la jurisprudence et la pratique en matière de dépositions anonymes découlent de l’intimidation croissante des témoins et recherchent un équilibre entre les intérêts de la société, des accusés et des témoins. En l’espèce, il appert selon lui que les auteurs des déclarations en cause avaient de bonnes raisons de craindre des représailles (paragraphe 19 ci-dessus). [...] Ici non plus (voir par exemple l’arrêt Ciulla du 22 février 1989, série A n° 148, p. 18, § 41), la Cour ne sous-estime pas l’importance de la lutte contre la délinquance organisée, mais bien que non dépourvu de poids le raisonnement du Gouvernement ne la convainc pas. [...] Si l’expansion de la délinquance organisée commande à n’en pas douter l’adoption de mesures appropriées, la thèse du Gouvernement semble à la Cour attacher trop peu de prix à ce que le conseil du requérant appelle “l’intérêt de chacun, dans une société civilisée, à une procédure judiciaire contrôlable et équitable”. Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 15, § 25) qu’on ne saurait le sacrifier à l’opportunité. La Convention n’empêche pas de s’appuyer, au stade de l’instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais l’emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes pour justifier une condamnation soulève un problème différent. En l’espèce, il a conduit à restreindre les droits de la défense d’une manière incompatible avec les garanties de l’article 6 (art. 6). De fait, le Gouvernement reconnaît que la condamnation du requérant se fondait “à un degré déterminant” sur les dépositions anonymes. [...] 45. La Cour conclut donc que dans les circonstances de la cause, les droits de la défense subirent de telles limitations que M. Kostovski ne saurait passer pour avoir joui d’un procès équitable. Partant, il y a eu violation du paragraphe 3 d) de l’article 6, combiné avec le paragraphe 1 (art. 6-3-d, art. 6-1)” (g.n.). No segundo caso (*Windisch*), de modo semelhante (e referenciando o próprio caso *Kostovski*), decidiu-se: “**30. Le Gouvernement invoque l’intérêt légitime des deux femmes à conserver l’anonymat. Dans son jugement, le tribunal régional déclara qu’il s’agissait de****

No campo probatório, ademais, o TEDH tem recepcionado aspectos próprios dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* — embora não os refira nominalmente — como elementos integrantes da noção de processo equitativo, notadamente no que diz com a admissibilidade de *provas ilícitas*. Assim é que, no caso *Schenk v. Suíça* (12.07.1988, A-140, p.29, par. 46) — o primeiro e mais relevante paradigma da “abstração” das provas ilegais — e depois nos casos *Lüdi* (*Lüdi v. Suíça*, 16.06.1992, A-238) e *Mantovanelli* (*Mantovanelli v. França*, 18.03.1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, pp. 436-437, par. 34), o TEDH deliberou não excluir, *por princípio e em abstrato*, a admissibilidade de uma prova obtida de modo ilegal — o que importou na *relativização* dos efeitos dessa ilegalidade — se o processo manteve, em seu conjunto, um caráter equitativo¹⁶⁰².

O caso *Lüdi* trata da insurgência do cidadão suíço M. LUDWIG LÜDI, que havia sido condenado por tráfico ilícito de entorpecentes no cantão de Berna, após tortuosos procedimentos investigativos, na Alemanha e na Suíça, que envolveram a atuação de agentes policiais infiltrados e uma série de interceptações telefônicas. Para preservar a identidade do agente suíço infiltrado, o tribunal distrital de Laufon decidira não permitir a sua convocação como testemunha; ainda assim condenara LÜDI, baseando-se no conteúdo das conversas telefônicas interceptadas e nos relatórios do agente policial, porque tornavam certa a intenção do réu em intermediar a venda de grandes quantidades de cocaína,

*personnes dignes de foi qui craignaient des représailles de la part des suspects. Il ajoute que la police avait besoin de l'aide de la population pour élucider les infractions (paragraphe 14 ci-dessus). [...] La collaboration du public revêt à n'en pas douter une grande importance pour la lutte de la police contre la criminalité. La Cour rappelle à cet égard que la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais leur emploi ultérieur par le juge du fond pour justifier une condamnation soulève un problème différent (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Kostovski précité, série A n° 166, p. 21, par. 44). Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier (ibidem). [...] 31. Il échet de souligner, avec le requérant, qu'en l'espèce nul n'avait observé l'accomplissement même de l'infraction; les renseignements fournis et l'identification opérée par les deux témoins anonymes furent les seuls éléments indiquant la présence de l'accusé sur les lieux, ce qui constitua la question clé pendant l'instruction et les débats (paragraphe 10 et 12 ci-dessus). Le tribunal s'appuya largement sur ces données pour entrer en voie de condamnation (paragraphe 14 ci-dessus). [...] Dès lors, leur utilisation apporta aux droits de la défense de telles limitations que M. Windisch ne saurait passer pour avoir joui d'un procès équitable”. Cf. também, a propósito, o caso *Delcourt* (17.01.1970, A-011, p.15, par. 25), o caso *Bönisch* (06.05.1985, A-092, p.15, par. 31-32) e o caso *Unterpertinger* (24.11.1986, série A-110, pp.14-15, par. 31, p.16, par. 35). De todo modo e em todos os casos, para tanto concluir, o TEDH procedeu a *juízos de ponderação concreta*, como bem se viu.*

¹⁶⁰² No mesmo sentido, v. Cabral Berreto, *op.cit.*, p.135.

independentemente da intervenção do agente (afastando-se, com isso, a tese do crime impossível). O decreto condenatório foi mantido pela corte de apelação de Berna — outra vez sem deferir a oitiva do agente policial — e também pelo tribunal federal suíço, o que levou LÜDI ao TEDH, com dois argumentos principais: **(a)** o agente infiltrado o teria induzido à prática do crime e não fora sequer ouvido como testemunha, apesar de seus protestos, o que violaria o seu direito a um processo equitativo (artigo 6º, 1 e 3, “*d*”, da CEDH); **(b)** as interceptações telefônicas (então reguladas pelos artigos 171-B e 171-C do Código de Processo Penal de Berna) teriam igualmente agredido a inviolabilidade de sua vida privada e familiar (artigo 8º da CEDH). O TEDH refutou a tese da violação da vida privada¹⁶⁰³; mas, quanto ao processo equitativo, decidiu ter havido mesmo malferimento do artigo 6º (ns. 1 e 3, “*d*”), porque nem o magistrado “*a quo*” e nem tampouco as instâncias que o sucederam quiseram ou permitiram ouvir o agente infiltrado, obstando qualquer confrontação que permitisse formar convicção quanto às alegações de fato do réu LÜDI, que seguiam em sentido contrário àquelas relatadas pelo agente¹⁶⁰⁴. E, mais que isso, os juízes europeus externaram iniludível *juízo de adequação* (= *razoabilidade*) ao pontuarem ter sido possível, no caso concreto, fazer ouvir o agente infiltrado “*de maneira a tomar em consideração o interesse legítimo das autoridades de polícia em preservar o anonimato de seu agente, não apenas para protegê-lo, mas também para utilizá-lo ainda no futuro*” (o que não é mais que a “*praktischer Konkordanz*” de HESSE: poder-se-ia ouvi-lo, p.ex., com a preservação parcial de sua identidade). O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não se pronunciou, porém, sobre a (i)licitude das provas que determinaram a condenação de

¹⁶⁰³ *In verbis*: “*Pareille ingérence n’enfreint pas la Convention si elle répond aux exigences du paragraphe 2 de l’article 8 (art. 8-2). A cet égard, la Cour marque son accord avec la Commission. La mesure litigieuse se fondait sur les articles 171 b) et 171 c) du code bernois de procédure pénale qui s’appliquent — comme l’a relevé le Tribunal fédéral (paragraphe 21 ci-dessus) — même à la phase préliminaire de l’enquête et lorsqu’il existe de fortes présomptions que des infractions sont sur le point de se commettre. En outre, elle visait à la “prévention des infractions pénales” et sa nécessité dans une société démocratique n’inspire aucun doute à la Cour*” (g.n.). A passagem é assaz relevante, porque demonstra que o recurso judicial às interceptações telefônicas, amiúde demonizado por expressiva parcela da doutrina (sobretudo quando relacionado ao combate da criminalidade organizada, porque identificado com um suposto “processo penal de exceção”), pode e deve ser utilizado em Estados Democráticos de Direito. Já não foi assim quanto às testemunhas “anônimas” e aos quase equivalentes “*hearsay testimonies*” (v., *supra*, a nota n. 1601).

¹⁶⁰⁴ Por conseguinte, nem LÜDI e nem os juízes que o julgaram “*n’eurent à aucun moment de la procédure l’occasion de l’interroger et de jeter un doute sur sa crédibilité*” (dos relatos do agente). O que significa que o réu fora condenado sem que se pudesse formar algum tipo de convicção dialética quanto à verossimilhança dos depoimentos colidentes.

LÜDI; ao revés, abstraiu esse aspecto para examinar se, *numa perspectiva global*, o processo-crime havia assegurado tratamento equitativo ao réu. *In verbis*:

“La recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et il revient en principe aux juridictions nationales d’apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable (voir, en dernier lieu, l’arrêt Vidal c. Belgique du 22 avril 1992, série A n° 235-B, pp. 32-33, par. 33)”.

No caso *Mantovanelli*, a filha de um casal francês foi internada no *Centre Hospitalier Régional* de Nancy (CHRN) para a operação de um panarício no dedo polegar da mão esquerda e, após sucessivas complicações, ingressou em coma hepático e veio a falecer em 27.03.1982, com vinte e um anos de idade. Convencidos de que a morte se deveu a uma excessiva dose de halotano (tipo de anestésico) subministrada pelos médicos do hospital público, os pais da vítima recorreram aos tribunais administrativos franceses, sem sucesso, buscando punições e reparações. Perante o tribunal administrativo de apelação de Nancy, alegaram que o laudo pericial produzido na instância “*a quo*” era nulo de pleno direito, por não lhes ter sido facultada a oportunidade de previamente expor suas razões técnico-científicas ao perito médico louvado, donde a necessidade de se desentranhar a prova e de se realizar nova perícia. A tese, refutada pelas instâncias nacionais¹⁶⁰⁵ (inclusive no *Conseil d’État*), foi finalmente reproduzida perante o TEDH, que decidiu:

“34. Par ailleurs, la Convention ne régit pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l’admissibilité d’une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d’apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été

¹⁶⁰⁵ A corte de apelo de Nancy manteve a decisão “*a quo*”, entre outras razões, porque “*aucune disposition légale ni aucun principe général du droit ne font obligation au juge, lorsqu’il constate l’irrégularité d’une expertise, de prononcer son retrait du dossier et d’ordonner une nouvelle expertise; que par suite, la circonstance que l’expertise qu’ils ont ordonnée ait été dépourvue de caractère contradictoire à l’égard d’une partie au litige ne pouvait faire obstacle à ce que les premiers juges utilisent, pour se prononcer au fond, les éléments de fait contenus dans le rapport d’expertise qu’ils estimaient non contestés par les requérants ou non sérieusement contestables [...]*” (g.n.).

administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) [...]. **35.** En l'espèce, il n'est pas contesté que la procédure "purement judiciaire" s'est déroulée dans le respect du contradictoire. [...] **36.** Toutefois, si les époux Mantovanelli auraient pu formuler, devant le tribunal administratif, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport litigieux après qu'il leur fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'ils avaient là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal: déterminer si les circonstances dans lesquelles de l'halothane avait été administré à la fille des requérants révélaient une faute du CHRN. Or elle ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits. [...] Dans de telles circonstances, et eu égard aussi au fait que les juridictions administratives rejetèrent leur demande de nouvelle expertise (paragraphe 19-22 ci-dessus), **les époux Mantovanelli n'auraient pu faire entendre leur voix de manière effective qu'avant le dépôt du rapport de l'expertise en cause.** Aucune difficulté technique ne faisait obstacle à ce qu'ils fussent associés au processus d'élaboration de celui-ci, ladite expertise consistant en l'audition de témoins et l'examen de pièces. Ils furent pourtant empêchés de participer à ladite audition alors que les cinq personnes interrogées par l'expert étaient employées par le CHRN et que parmi elles figuraient le chirurgien qui avait opéré Mlle Mantovanelli en dernier lieu, et l'anesthésiste. En conséquence, **les requérants n'eurent pas la possibilité de contre-interroger ces cinq personnes dont on pouvait légitimement s'attendre à ce qu'elles déposent dans le sens du CHRN, partie adverse à l'instance.** Quant aux pièces prises en considération par l'expert, les intéressés n'en eurent connaissance qu'une fois le rapport achevé et communiqué. [...] Ainsi, les époux Mantovanelli n'eurent pas la possibilité de commenter efficacement l'élément de preuve essentiel. **La procédure n'a donc pas revêtu le caractère équitable exigé par l'article 6 par. 1 de la Convention** (art. 6-1). Partant, il y a eu violation de cette disposition (art. 6-1)" (g.n.).

Mesma orientação se seguiu, ademais, noutros julgados, como no caso *Pélissier/Sassi* (*Pélissier e Sassi v. França*, 25.03.1999, *Recueil des arrêts et décisions*

1999-II, p. 327, par. 45¹⁶⁰⁶) e no caso *Kahn v. Reino Unido* (12.05.2000, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-V, p. 319, par. 35¹⁶⁰⁷).

De todos esses arestos se pode extrair, como ideia subjacente à jurisdição europeia de tutela dos direitos humanos, que **os vícios formais de instrução não prejudicam necessariamente a validade do processo e da decisão judicial, se foram prestigiados interesses contrapostos relevantes** — como poderia ser, no caso *Lüdi*, o interesse em preservar a identidade e a consequente integridade do agente infiltrado (ou, em geral, o interesse da segurança pública¹⁶⁰⁸) — **e se as garantias observadas forem bastantes para assegurar o conteúdo essencial do direito ao processo equitativo** (o que p.ex. não se deu nos casos *Lüdi* e *Mantovanelli*). Retoricamente, o TEDH não os examina porque isso diria respeito ao direito interno dos países sob sua jurisdição; substancialmente, porém, o que faz

¹⁶⁰⁶ *In verbis*: “*La Cour rappelle que la Convention ne régleme pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l’admissibilité d’une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d’apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l’article 6 § 1 [...]*” (g.n.).

¹⁶⁰⁷ *In verbis* (já reportando os elementos relevantes do caso *Schenk*): “**35. La Cour rappelle que, dans l’arrêt Schenk précité, le requérant avait notamment formulé le grief selon lequel l’enregistrement de la conversation qu’il avait eue avec P. obtenu au mépris du droit suisse et son utilisation comme élément de preuve lors de son procès avaient enfreint l’article 6 § 1 de la Convention. La Cour a constaté dans son arrêt que l’enregistrement litigieux avait incontestablement été obtenu de manière illégale au regard du droit helvétique, ce que les tribunaux suisses avaient expressément reconnu. La Cour a relevé qu’elle ne saurait “exclure par principe et in abstracto l’admissibilité d’une preuve recueillie de manière illégale, du genre de celle dont il s’agit” (arrêt Schenk, p. 29, § 46) et qu’il lui incombait seulement de rechercher si le procès du requérant avait présenté dans l’ensemble un caractère équitable. Dans sa conclusion selon laquelle l’utilisation de l’enregistrement litigieux comme élément de preuve n’avait pas privé le requérant d’un procès équitable, la Cour observa d’abord que les droits de la défense n’avaient pas été méconnus : le requérant s’était vu offrir la possibilité, qu’il avait saisie, de remettre en question l’authenticité de l’enregistrement et de s’opposer à son utilisation ainsi que la possibilité d’interroger P. et de citer à comparaître l’inspecteur de police responsable d’avoir provoqué la confection de l’enregistrement. Par ailleurs, la Cour attacha “du poids à la circonstance que l’enregistrement téléphonique [n’avait] pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation” (ibidem, pp. 29-30, § 48). [...]** **36. La Cour note d’emblée que, contrairement à ce qu’il en était dans l’affaire Schenk, l’installation d’un appareil d’écoute et l’enregistrement de la conversation du requérant n’étaient pas illégaux, c’est-à-dire contraires au droit pénal interne. Notamment, comme l’observa Lord Nolan, en droit britannique, une ingérence dans la vie privée n’a, en règle générale, rien d’illégal. De surcroît, comme cela fut d’ailleurs relevé, rien n’indique qu’en installant l’appareil la police n’ait pas agi conformément aux directives du ministère de l’Intérieur. De plus, ainsi que le jugea la Chambre des lords, les aveux que le requérant fit au cours de sa conversation avec B. étaient spontanés, puisqu’il n’y avait pas eu de “guet-apens” et que l’intéressé n’avait pas été incité à livrer ces aveux”** (g.n.).

¹⁶⁰⁸ Que foi basicamente o argumento do Governo suíço no caso *LÜDI* (e não a preocupação com a integridade pessoal do agente, como se poderia alegar): “[...] *En second lieu, le souci de conserver l’anonymat de l’agent s’expliquerait par la nécessité de poursuivre l’infiltration des milieux de la drogue et protéger l’identité des informateurs*”.

é relegá-los a um plano secundário, em favor de uma investigação global do caráter equitativo do binômio processo-procedimento¹⁶⁰⁹ (o que significa modular, para o caso concreto, o que compreende por “*exame equitativo*” da causa, *ex* artigo 6º, 1, 1ª parte, da CEDH).

No que concerne à paridade de armas, é certo, ademais, que o TEDH compreende tal garantia com maiores rigores em matéria penal, à vista do próprio bem da vida que amiúde se encontra em risco (a liberdade pessoal). Por outro lado, se transige com uma maior liberdade de conformação para os legisladores nacionais em sede civil (sobretudo quando se litiga contra o Estado¹⁶¹⁰), nem por isso admite que a paridade de armas seja reduzida à mera formalidade ritual, sem possibilidades efetivas de convencimento e contrariedade e mínima equipotência entre os litigantes (v., *e.g.*, *Feldbrugge v. Países Baixos*, 29.05.1986; *Brandstetter v. Áustria*, 28.08.1991; *Helmers v. Suécia*, 29.10.1991; *Bonisch v. Áustria*, 06.05.1985; e assim sucessivamente)¹⁶¹¹. À mercê desses julgados, pode-se mesmo atinar para a existência de um **núcleo essencial irreduzível** na garantia do processo equitativo, ao qual dedicaremos os §§ 25º e 26º, *infra*.

III. Quanto à **motivação** das decisões, tem-se por adquirido que a enunciação dos pontos de fato e de direito sobre os quais se baseia a decisão judicial deve ser suficiente para o esclarecimento das partes e a respectiva insurgência recursal, se o caso¹⁶¹². Disso não deriva, entretanto, que todos os argumentos das partes devam ser minuciosamente tangidos e respondidos: como se decidiu no caso *Van Hurk* (*Van Hurk v. Países Baixos*, 19.04.1994, A-288), o artigo 6º, 1 da CEDH obriga os órgãos jurisdicionais a motivarem suas decisões, o que não significa que se exija uma resposta detalhada a cada um dos argumentos esgrimidos (assim como não se pode pedir ao TEDH que examine, nos arestos nacionais, se cada um dos argumentos parciais foi adequadamente analisado). Ao TEDH basta a

¹⁶⁰⁹ Tanto que o TEDH efetivamente *decidiu* sobre a legalidade ou ilegalidade das provas, ainda que incidentalmente, tanto no caso *Kahn* (reputando-a legal) quanto no caso *Schenk* (reputando-a ilegal, mas nem por isso entendendo contaminado o caráter equitativo global do processo-crime).

¹⁶¹⁰ No Brasil, *e.g.*, veja-se o artigo 188 do CPC, já reportado acima, que garante à Fazenda Pública e ao Ministério Público prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

¹⁶¹¹ Cf. Carlo Russo, “*Eguaglianza delle armi*”, in *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, GDDC, 1998, ns. 75/76, disponível em <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-b.pdf> (acesso em 23.02.2011).

¹⁶¹² Cabral Barreto, *op.cit.*, p.137.

percepção “global” de que a decisão atacada não esteja insuficientemente motivada¹⁶¹³, o que diz mais com uma perspectiva funcional-teleológica do que com uma perspectiva formal-ontológica.

Admite-se, ademais, que um recurso seja desprovido pelo tribunal com a mera remissão às razões de decidir que informaram a decisão atacada, ou mesmo que seja rejeitado pela impossibilidade de sucesso quando fundado sobre um dispositivo legal específico que não permita concluir a tese¹⁶¹⁴.

IV. Mencionem-se ainda, como corolários do direito ao processo equitativo, a **liberdade linguística**, o **direito de presença**, o **direito ao silêncio**, a **publicidade** e o **duplo grau de jurisdição**.

A literalidade da CEDH não permite reconhecer textualmente direitos ligados à inteligibilidade do idioma das peças judiciais, senão no recesso do devido processo penal (artigos 5º, 2, e 6º, 3, “a” e “e”). Nada obstante, a jurisprudência do TEDH tem levado em efetiva consideração as barreiras idiomáticas, entendendo p.ex. que a notificação judicial em língua estranha ao notificado, se não associada a tempo e facilidades bastantes para a tradução e a compreensão de seu conteúdo, viola a garantia do processo equitativo, mesmo em matéria cível (Queixa n. 9099/80, 09.12.1981).

Já o *direito de presença na corte* — ao que equivale o “*right to a day in court*” anglo-saxão ou à “*rechtliches Gehör*” alemã (em sentido estritíssimo) — só tem sido admitido em matéria penal, não em matéria civil. Excetua-se, porém, os casos em que a presença da parte se reputa *indispensável* para a formação da convicção judicial a respeito das pretensões em jogo, como em algumas disputas de Direito de Família (assim, e.g., na

¹⁶¹³ Donde se ter concluído, no caso Van Hurk, que “[s]e livrant à une appréciation générale, elle estime que l’arrêt du Conseil n’était pas insuffisamment motivé. En conséquence, aucune violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1) ne se trouve établie de ce chef non plus”. No mesmo sentido, v. Ruiz Torija v. Espanha, 09.12.1994, A-303-A, p. 12, par. 29; Hiro Balani v. Espanha, 09.12.1994, A-303-B. Em direção bem semelhante, tem-se decidido no Brasil que “[o] juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos” (RJTJESP 115/207).

¹⁶¹⁴ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.137.

Queixa n. 1169/61, de 24.09.1963, sobre poder familiar). No processo penal, por outro lado, a presença do acusado é em princípio obrigatória, como decorrência lógica do artigo 6º, 3, “c”, “d” e “e”, da CEDH (conquanto não tão explícita como no artigo 14, 3, “d”, do PIDCP¹⁶¹⁵). Pode ser dispensada, porém, se (a) uma vez ciente do processo, o acusado puder obter um novo julgamento, no qual seja pessoalmente ouvido sobre os fatos e o direito¹⁶¹⁶; ou se (b) renunciar claramente ao direito de comparecer e de se defender pessoalmente, caso em que poderá ser julgado à revelia, desde que se garantam as demais (mínimas) garantias do processo penal equitativo¹⁶¹⁷. Já na esfera recursal, mesmo em seara processual penal, a audiência pessoal do acusado tende a ser dispensável, notadamente se os fatos “*sub iudice*”, tal como descritos perante o juízo “*a quo*”, já não desafiam novas provas e/ou se o julgamento das pretensões recursais cinge-se à apreciação de elementos jurídicos¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁵ Que refere textualmente o direito de o acusado “*estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar*”. V., *supra*, o tópico 10.4.1, n. V.

¹⁶¹⁶ V. Colozza v. Itália, 12.02.1985, A-89. *In verbis*: “**29. According to the Government, the right to take part in person in the hearing does not have the absolute character which is apparently attributed to it by the Commission in its report; it has to be reconciled, through the striking of a “reasonable balance”, with the public interest and notably the interests of justice. [...] It is not the Court’s function to elaborate a general theory in this area (see, mutatis mutandis, the Deweer judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, p. 25, para. 49). As was pointed out by the Government, the impossibility of holding a trial by default may paralyse the conduct of criminal proceedings, in that it may lead, for example, to dispersal of the evidence, expiry of the time-limit for prosecution or a miscarriage of justice. However, in the circumstances of the case, this fact does not appear to the Court to be of such a nature as to justify a complete and irreparable loss of the entitlement to take part in the hearing. When domestic law permits a trial to be held notwithstanding the absence of a person “charged with a criminal offence” who is in Mr. Colozza’s position, that person should, once he becomes aware of the proceedings, be able to obtain, from a court which has heard him, a fresh determination of the merits of the charge**” (g.n.).

¹⁶¹⁷ Cf., “*mutatis mutandis*”, o caso Pfeiter e Plankl v. Áustria (25.02.1992, A-227), em que não se alegava propriamente renúncia ao direito de defesa (= revelia), mas renúncia tácita ao direito de arguir suspeição na composição do órgão julgador “*ad quem*”. *In verbis*: “**37. The Government argued that the applicant had waived his right under Article 6 para. 1 (art. 6-1), not only implicitly in failing to challenge the composition of the Regional Court at the appropriate time (see paragraph 32 above) but also expressly before the opening of the hearing (see paragraph 13 above). [...] According to the Court’s case-law, the waiver of a right guaranteed by the Convention - insofar as it is permissible - must be established in an unequivocal manner (see, as the most recent authority, the Oberschlick judgment cited above, Series A no. 204, p. 23, para. 51). Moreover, the Court agrees with the Commission that in the case of procedural rights a waiver, in order to be effective for Convention purposes, requires minimum guarantees commensurate to its importance**” (g.n.).

¹⁶¹⁸ Cabral Barreto, *op.cit.*, pp.140-139.

O *direito ao silêncio* tampouco tem literalidade nos textos da CEDH, mas goza de consagração na jurisprudência do TEDH, especialmente em matéria penal, à mercê da parêmia universal “*nemo tenetur se ipsum accusare*”. Assim, por exemplo, no caso *Funke* (*Funke v. França*, 25.02.1993, A-256-A, p.22, par. 44), o Tribunal registrou que, sendo incapazes ou não desejando se valer de meios alternativos para obter documentos que acreditavam existir em abono à tese acusatória, as autoridades francesas pretenderam coagir o próprio réu, JEAN-GUSTAVE FUNKE (alemão radicado na França), a apresentar provas dos delitos que lhe foram imputados; no entanto, sequer as características especiais da legislação aduaneira francesa poderiam justificar uma tal violação do direito reservado a qualquer pessoa “acusada em matéria penal” — na acepção mais lata possível (*supra*, tópico 16.3) — de permanecer em silêncio, abstendo-se de contribuir para a própria condenação. Em sentido semelhante, veja-se também *John Murray v. Reino Unido* (08.02.1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, p. 49, par. 45¹⁶¹⁹).

A *publicidade* dos atos judiciais é uma das principais garantias dos sistemas judiciais democráticos; isso porque, na correta dicção do aresto *Sutter* (*Sutter v. Suíça*, 22.02.1984, A-74, *cit.*, p.12, par.26), o caráter público que informa a função judiciária é a principal salvaguarda institucional contra uma justiça secreta, que escape ao controle da população; a publicidade preserva a confiança nos tribunais, pela transparência que confere à administração da justiça, auxiliando desse modo a consecução do objetivo maior do artigo 6º: o processo equitativo, “*dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention*”.

Tal atributo pode ser todavia restringido, segundo o artigo 6º, 1, da CEDH, quando o exigirem a moralidade, a ordem pública ou a segurança nacional em uma sociedade democrática, ou quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes o impuserem, ou ainda quando, em circunstâncias especiais, a publicidade possa ser

¹⁶¹⁹ *In verbis*: “45. Il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 (art. 6) de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 (art. 6) (arrêt *Funke* précité, loc. cit.). En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 (art. 6)” (g.n.).

prejudicial aos interesses da justiça, na medida estritamente necessária para prevenir o prejuízo. É certo que o texto convencional circunscreve o âmbito restringível às *audiências*, sem referir a possibilidade de restrição da publicidade de outros atos processuais. No entanto, esse alcance foi potencializado pela jurisprudência do TEDH, que temeu pelos efeitos nefastos de uma interpretação literal para os interesses protegidos pela norma (a moralidade e a ordem públicas, a intimidade e a vida privada, a infância e a juventude, a segurança nacional, etc.). Assim é que, no caso *Campbell/Fell* (*Campbell e Fell v. Reino Unido*, 28.06.1984, A-80, p.43, par.91), decidiu-se que não se pode interpretar literalmente a expressão “*julgamento público*” (na versão inglesa, “*pronounced publicly*”): em cada caso, a forma de publicidade dada à “decisão” — e não apenas às audiências — deve ser apreciada de acordo com o direito interno do Estado requerido, as características especiais do processo e a afetação dos interesses sensíveis protegidos pelo artigo 6º, 1. Nesse sentido, ademais, caminharam também os casos *Pretto* (*Pretto et al. v. Itália*, 08.12.1983, A-71, pp.11-13, par. 21 e 26-27) e *Sutter* (*Sutter v. Suíça, cit.*, p.14, par.33). Depreende-se, pois, que a publicidade pode ser restringida *em qualquer ato processual*, a depender das circunstâncias concretas do caso e dos interesses materialmente contrapostos (em genuíno juízo de proporcionalidade), atentando-se para os vetores axiológicos do artigo 6º, 1, 2ª parte, da CEDH.

E quanto à *publicidade negativa* dos órgãos de grande mídia? A esse respeito, decidiu o TEDH que, dentro da noção de restrições que previnam o “prejuízo para os interesses da Justiça” (artigo 6º, 1, “*in fine*”), está a ideia mesma de que a cobertura midiática não pode ser assegurada a qualquer custo, inclusive com o sacrifício da tranquilidade e da serenidade que devem nortear o andamento dos processos judiciais¹⁶²⁰. Assim, afetam o equilíbrio processual e podem interferir com a garantia do processo equitativo campanhas de imprensa que comprometam a isenção do órgão jurisdicional — o que é mais comum em lides penais sob “*trial by jury*” — ou não permitam o exercício razoável dos direitos de defesa. O TEDH tem reconhecido, ademais, grande valor à *discrição* das autoridades judiciárias “*lato sensu*” (i.e., membros da Magistratura judicial e do Ministério Público), que não devem “vazar” à imprensa informações que possam

¹⁶²⁰ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.140.

provocar grande estrépito junto à opinião pública, deflagrando pressões ou suspeitas infundadas sobre os corpos julgadores. Isso se aplica, ademais, até mesmo às celebridades. Em *Worm v. Áustria* (29.08.1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V, p.1552, par. 50), a Corte consignou textualmente que,

“como todos os demais, as pessoas célebres têm direito de se beneficiar com um processo equitativo, tal como garantido pelo artigo 6º, o que, em matéria penal, compreende o direito a um tribunal imparcial. Os jornalistas devem se lembrar de que redigem artigos sobre processos penais em curso, porque os limites do comentário admissível não podem englobar as declarações que se arriscam, intencionalmente ou não, a reduzir as chances de uma pessoa se beneficiar com um processo equitativo ou a minar a confiança do público no papel desempenhado pelos tribunais na administração da justiça penal”¹⁶²¹.

A questão dos efeitos nefastos da publicidade judicial foi igualmente suscitada em *Sunday Times v. Reino Unido* (26.04.1979, A-30, n. 1, p.40, par. 65), tendo afinal prevalecido o interesse da imprensa livre¹⁶²²; e também em *Bricmont v. Bélgica*

¹⁶²¹ Antes disso, porém, o TEDH havia registrado que “[l]es restrictions à la liberté d’expression autorisées au paragraphe 2 de l’article 10 “ pour garantir l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire ” ne permettent pas aux Etats de limiter toutes les formes de débat public sur des questions en cours d’examen par les tribunaux. [...] On s’accorde en général à penser que les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide. Ils ont compétence pour se prononcer sur la culpabilité ou l’innocence quant à une accusation en matière pénale (paragraphe 40 ci-dessus), mais il n’en résulte point qu’auparavant ou en même temps, les questions dont connaissent les juridictions pénales ne peuvent donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général”. Na espécie, o jornalista ALFRED WORM, trabalhando para a revista austríaca “*Profil*”, viu-se acusado de praticar o crime de influência abusiva sobre um processo penal (“*verbotene Einflußnahme auf ein Strafverfahren*”), ut artigo 23 da *Mediengesetz* então vigente na Áustria, porque publicara artigo de duas páginas, em 1º.07.1991, tecendo juízos de valor sobre o processo penal que pendia sobre HANNES ANDROSCH, antigo vice-chanceler e ministro das finanças austríaco (que poucas semanas depois — em 08.10.1991 — viria mesmo a ser condenado por fraudes fiscais). Não se reconheceu, entretanto, qualquer violação à garantia do processo equitativo.

¹⁶²² Insistindo com a publicação de artigos sobre a responsabilidade do Estado ante a geração de fetos mal-formados por ingestão materna de talidomida (cujas produção e vendagem haviam sido autorizadas pelas autoridades competentes entre 1958 e 1961), o que contrariava os interesses do Governo em restringir a publicidade enquanto negociava com as famílias nos respectivos processos judiciais (e também fora deles), o periódico *Sunday Times* viu-se ameaçado pelo *General Attorney* britânico, que o levou às barras dos tribunais sob a acusação de “*contempt of court*”. Após superadas todas as instâncias nacionais, o *Sunday Times* e seus jornalistas recorreram ao TEDH. Ao final, a Corte pronunciou-se no sentido de que, “[p]our apprécier si l’ingérence incriminée se fondait sur des motifs “suffisants” qui la rendaient “nécessaire dans une société démocratique”, il faut donc tenir compte de tout aspect de l’affaire relevant de l’intérêt public. La Cour note à cet égard que certains des Law Lords, après avoir pesé les intérêts concurrents en jeu, ont formulé une règle absolue selon laquelle il est illicite de préjuger de questions dont la justice est saisie: le droit souffrirait d’un excès d’incertitude si l’on consultait à nouveau la balance dans chaque cas (paragraphe 29, 32 et 33 ci-dessus). Tout en soulignant qu’elle n’a point pour tâche de se prononcer sur une interprétation du droit anglais adoptée au sein de la Chambre des Lords (cf., mutatis mutandis, l’arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971,

(07.07.1989, A-158, p.06, par.19¹⁶²³), por intermédio da Queixa n. 10857/84 (15.07.1986), ante as declarações que o Ministério Público fizera aos órgãos de comunicação social durante a instrução do processo-crime¹⁶²⁴. Nesse último caso, o TEDH negou razão aos queixosos, observando que, à vista do *affaire* concreto, o assédio da imprensa era inevitável e os BRICMONT haviam tido ocasião de contradizer as declarações do *Parquet* nos próprios autos¹⁶²⁵...

série A n° 13, p. 40, par. 97), la Cour relève qu'elle doit suivre une démarche différente. Elle ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, par. 42). En second lieu, le contrôle qu'elle exerce sur le terrain de l'article 10 (art. 10) porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant (arrêt Handyside, p. 23, par. 49). Il ne suffit pas que l'ingérence dont il s'agit se classe parmi celle des exceptions énumérées à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) que l'on a invoquée; il ne suffit pas davantage qu'elle ait été imposée parce que son objet se rangeait dans telle catégorie ou tombait sous le coup d'une règle juridique formulée en termes généraux ou absolus: la Cour doit s'assurer qu'il était nécessaire d'y recourir eu égard aux faits et circonstances de la cause précise pendante devant elle”.

¹⁶²³ Trata-se de caso ruidoso e midiático envolvendo GEORGES BRICMONT, então advogado, e sua esposa LOUISE BRICMONT-BARRÉ, que teriam se conluiado para desviar ilicitamente o patrimônio do príncipe CHARLES da Bélgica (CHARLES THEODORE HENRI ANTOINE MEINRAD, duque de Saxe e conde de Flandres), durante o período em que o primeiro esteve constituído como patrono e mandatário deste último (1969-1977), de quem também era amigo próximo. Os BRICMONT seriam ulteriormente presos no Canadá e extraditados para a Bélgica, sob uma série de acusações criminais que se resumem nos par. 15 e 16 do aresto: “**15.** Agissant au nom du prince, M^e Gilson de Rouvreur déposa auprès du parquet de Bruxelles, le 9 août 1977, une plainte pénale du chef de faux en écritures, usage de faux, abus de confiance et détournement de biens. Le 9 septembre 1977, le prince se constitua partie civile; il accusa le requérant de l'avoir dépouillé de sa fortune en lui faisant signer une série de documents par lesquels étaient opérés des transferts de biens. M. Bricmont lui aurait expliqué à l'époque que ceux-ci avaient pour seul but de mettre ses biens à l'abri de ses créanciers, du fisc et de ses héritiers légaux en les dépersonnalisant sous le voile d'Anstalten censées lui appartenir, alors qu'en réalité elles se trouvaient sous le contrôle des requérants. [...] **16.** Après avoir interrogé M. et Mme Bricmont, le magistrat compétent les inculpa le 27 janvier 1978. M. Bricmont subit plusieurs autres interrogatoires dans le courant de l'année”. O processo desenrolou-se nas diversas instâncias do sistema judicial belga, de modo que a liberação definitiva do casal só viria em 20.01.1991. Perante o TEDH, os BRICMONT arguiram, entre outras pretensas violações à garantia do processo equitativo, o fato de que lhes fora indeferido o pedido de oitiva do príncipe CHARLES como testemunha de defesa (o que de fato se deu, porque, pela redação de antanho dos artigos 510 e 511 do *Code d'instruction criminelle* belga, príncipes de sangue jamais poderiam ser intimados como testemunhas). Ao final, por cinco votos contra dois, o TEDH entendeu ter havido violação à garantia do processo equitativo por um único aspecto (rejeitando todos os demais): justamente “*l'absence de confrontation de la partie civile* [o príncipe CHARLES] avec M. Bricmont sur trois des cinq préventions retenues contre lui”.

¹⁶²⁴ Lê-se sobre isso, no próprio aresto *Bricmont* (par. 19), que, “[à] la demande de nombreux journalistes, le premier substitut du procureur du Roi de Bruxelles tint une conférence de presse en octobre 1977. Il confirma que le prince avait déposé plainte du chef de détournement de fonds; en réponse à des questions, il ajouta que le juge d'instruction avait ordonné des devoirs et notamment des perquisitions dont une avait été opérée chez le requérant. Il admit également que le nom de celui-ci se trouvait cité dans la plainte. Plusieurs quotidiens belges mentionnèrent ses déclarations”.

¹⁶²⁵ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.140.

O *duplo grau de jurisdição*, por fim, não tem consagração no artigo 6º da CEDH, mas apenas no artigo 2º do Protocolo n. 7¹⁶²⁶; e, mesmo assim, está restrito à matéria penal (*supra*, tópico 16.4). No entanto, as ordens jurídicas que adotarem estrutura própria para o duplo grau de jurisdição (criando, *e.g.*, tribunais de apelação para a generalidade dos litígios ou para algumas classes litigiosas) devem assegurar, nessas hipóteses — mesmo que de jurisdição não penal —, as garantias mínimas do processo equitativo, em todas as instâncias ou graus de jurisdição, no que lhes for compatível. É o que se decidiu, *v.g.*, no caso *Khalfaoui* (*Khalfaoui v. França*, 14.12.1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IX, p. 35, par. 37). *In verbis*:

“37. La Cour rappelle ensuite que “l’article 6 de la Convention n’astreint pas les Etats contractants à créer des cours d’appel ou de cassation. Néanmoins, **un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l’obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d’elles des garanties fondamentales de l’article 6**” (arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 14, § 25). En outre, la compatibilité des limitations prévues par le droit interne avec le droit d’accès à un tribunal reconnu par l’article 6 § 1 de la Convention dépend des particularités de la procédure en cause et il faut prendre en compte l’ensemble du procès mené dans l’ordre juridique interne et le rôle qu’y a joué la Cour suprême, les conditions de recevabilité d’un pourvoi en cassation pouvant être plus rigoureuses que pour un appel (arrêt Delcourt précité, p. 15, § 26)” (*g.n.*).

V. A garantia de um **juízo independente e imparcial** tem sido objeto de constantes manifestações do TEDH. Paradigmático para as nações — e especialmente para aquelas que ainda mantêm justiça castrenses autônomas, como é o caso do Brasil¹⁶²⁷ — é o caso *Karatas* (*Seher Karatas v. Turquia*, 09.07.2002¹⁶²⁸; *v. também Seher Karatas v. Turquia*, 08.07.1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IV, p. 164, par. 62). Editora e redatora-chefe do periódico turco “*Gençliğin Sesi*” (“*A Voz da Juventude*”), SEHER KARATAS

¹⁶²⁶ “1. Toda pessoa declarada culpada de uma infração penal por um juízo terá direito a fazer com que a declaração de culpabilidade ou a condenação seja examinada por um órgão jurisdicional superior. O exercício desse direito, incluídos os motivos pelos quais poderá ser exercido, serão regulados pela lei. 2. Este direito poderá ser objeto de exceções para infrações penais de menor gravidade, segundo a definição da lei, ou quando o interessado houver sido julgado em primeira instância pelo mais alto órgão jurisdicional ou tenha sido declarado culpado e condenado como resultado de um recurso contra a sua absolvição”.

¹⁶²⁷ Cf. artigos 92, VI, e artigos 122 a 124 da CRFB.

¹⁶²⁸ In *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia 1988-2002*, Madrid, Cortes Generales, 2002, v. II, p.2029.

publicou em 14.07.1994 o artigo intitulado “*Düzenin kendisine yönelmeliyiz*” (“*Há que se dirigir contra o próprio sistema*”), no qual conclamava a juventude turca a se unir com a classe trabalhadora para lutar contra o desemprego e a miséria, denunciando um sistema político-econômico que estaria caminhando para a crise e a instabilidade. Foi por isso acusada de incitar a população ao ódio e à hostilidade, tendo sido condenada pelo Tribunal de Segurança do Estado, em sentença de 13.07.1995, pela prática dos crimes capitulados no artigo 312, 1 e 2, do código penal turco então em vigor, o que resultou em uma pena privativa de liberdade de um ano e oito meses (convertida em multa). Ocorre, porém, que o órgão jurisdicional que a condenou estava composto por três juízes, um dos quais procedia da magistratura militar. Mantida a decisão pela Corte de Cassação turca, KARATAS recorreu ao TEDH, alegando violação à sua liberdade de expressão (artigo 8º da CEDH) e também à garantia do processo equitativo (artigo 6º, 1), porque um dos juízes que a condenaram pertencia às corporações castrenses. E, de fato, o TEDH registrou seu convencimento, já externado em julgados anteriores, de que

“certas características do regime jurídico dos juízes militares que participam dessa jurisdição [tribunais de segurança nacional] fazem com que sua independência e sua imparcialidade estejam sob suspeita. **Continuam pertencendo ao Exército, que depende do Poder Executivo.** O Tribunal avalia, a propósito, ser compreensível que uma civil que responda a uma acusação de incitação do povo ao ódio e à hostilidade por meio de uma distinção baseada no pertencimento a uma classe social e a uma região tenha temido comparecer perante uma jurisdição composta principalmente por oficiais de carreira. **Seu temor, fundado na falta de independência e parcialidade dessa jurisdição, pode parecer objetivamente justificado.** [...] Consequentemente, o Tribunal conclui por unanimidade que se infringiu o artigo 6º, 1” (g.n.).

Este aresto permite distinguir, aliás, entre as noções de *imparcialidade subjetiva* (indepassável na espécie) e de *imparcialidade objetiva* (vulnerada no caso *Karatas*), que são amiúde extremadas pelo TEDH em seus julgados (e.g., *Sramek v. Áustria*, 22.10.1984, A-84, p.18, par. 38; *Incal v. Turquia*, 09.06.1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p.1573, par. 72 e 73). Na dimensão subjetiva, o que está em causa são as pulsões íntimas do magistrado ao julgar, i.e., “o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada

circunstância”, sendo sempre presuntiva a imparcialidade, até prova em sentido diverso. Já na dimensão objetiva, as próprias aparências devem sugerir, aos olhos de um observador neutro, a imparcialidade do tribunal, que não pode conviver com elementos de estrutura ou de tendência aptos a suscitar dúvidas razoáveis sobre o paradigma procedural do “*due process of law*” (“*no making a man a judge in his own case*” — ou nos casos que lhe suscitem o interesse pessoal ou político-ideológico, o que dá no mesmo). É o que se deu no *affaire Karatas*: ainda que subjetivamente o juiz castrense houvesse votado com isenção de ânimo, a sua mera presença, pela origem funcional, comprometia a *imagem de imparcialidade* que se exige de um órgão jurisdicional equitativo. Noutras palavras, “*não se deve ter em conta somente a convicção e o comportamento pessoais do juiz [...], senão também indagar se ofereceu garantias suficientes para excluir toda dúvida legítima a esse respeito*”, tal como no aforismo inglês: “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”¹⁶²⁹.

Nessa linha, não se tem considerado equitativo o julgamento presidido por magistrado que antes tenha pessoalmente desempenhado funções de Ministério Público no mesmo processo, ainda que não diretamente (*Piersack v. Bélgica*, 01.10.1982, A-53), aplicando-se o mesmo raciocínio àquele que, exercendo as funções de julgador, antes atuara como chefe de polícia no mesmo caso (*Jón Kristinsson v. Islândia*, 01.03.1990, A-171-B). Nos sistemas processuais penais que mantêm juízos de instrução e juízos de julgamento, entende-se igualmente atentatório à garantia do processo equitativo a participação de um juiz de instrução na turma que julgará caso por ele próprio instruído (*De Cubber v. Bélgica*, 26.10.1984, A-86¹⁶³⁰; em sentido parcialmente contrário, porém, *Hauschildt v. Dinamarca*,

¹⁶²⁹ *Haan v. Países Baixos*, 26.08.1997, in *Tribunal Europeo...: Jurisprudencia 1988-2002*, v. II, p.1364. A parêntese, encontramos-la em CABRAL BARRETO (*op.cit.*, p.155).

¹⁶³⁰ Aqui há um interessante fator cultural em jogo. No Brasil, em que não se distingue entre juízes de instrução e juízes de julgamento, tem-se ao revés uma percepção positiva acerca da *identidade física* entre o juiz que instrui e aquele que julga, exatamente porque terá colhido diretamente as provas que agora aprecia, em estrita consonância com o *princípio da imediatidade* (embora as dificuldades estruturais dos tribunais e a própria mobilidade da carreira não raro perfaçam intransponível obstáculo àquela identidade; por isso, no processo do trabalho, as Súmulas n. 222 do STF e n. 136 do TST recusam a sua pertinência ao “devido processo laboral”). Já não será assim, porém, se em primeiro grau o juiz houver julgado certo litígio e depois se vir instado a decidir sobre o respectivo recurso, agora em segundo grau: compreende-se haver impedimento legal, nos termos do artigo 134, III, do CPC e do artigo 252, III, do CPP. Mesmo os que apenas instruem o processo em primeiro grau dão-se às vezes por suspeitos, agora com fundamento no artigo 135, parágrafo único, do CPC.

24.05.1989, A-154), porque terá formado um pré-convencimento acerca da matéria (o que não é, na verdade, uma anomalia de procedimento, mas um sintoma inerente à razão humana; v., *supra*, o tópico 5.2). Por outro lado, o TEDH não tem feito restrições ao fato de um mesmo tribunal superior decidir certa questão de fundo e depois deliberar sobre o respectivo processo de revisão (e.g., uma ação rescisória), ainda que haja expressiva coincidência de juízes em atuação nos dois julgamentos (Queixa n. 15975/90, 1º.07.1991); tampouco considera iníquo o julgamento de uma causa pelo mesmo juiz que o houvera julgado antes da anulação da sentença original pelo tribunal “*ad quem*” (*Ringeisen v. Áustria*, 16.07.1971, A-13¹⁶³¹), ou pelo mesmo juiz que julgou o processo à revelia, quando deva reexaminá-lo agora na presença da parte antes ausente (*Thomann v. Suíça*, 10.06.1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III).

Já no que diz com a *independência* dos juízos o tribunais, o TEDH entende que a expressão do artigo 6º, 1, da CEDH tanto alcança a independência orgânica em relação às partes e ao Poder Executivo (*Beaumartin v. França*, A-296-B, 24.11.1994), como também em relação ao Poder Legislativo (*Refinarias Gregas Stran e Stratis Andreadis v. Grécia*, 09.12.1994, A-301-B, p.83, par.49-50¹⁶³²) e a quaisquer grupos de pressão ou *lobbies* de cariz político, econômico e/ou social.

¹⁶³¹ Curioso, outra vez, o fator cultural: enquanto no contexto austríaco (década de setenta) questionou-se a isenção do juiz que proferiu a segunda sentença (porque já havia proferido a primeira), no âmbito administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas, São Paulo, Brasil) entende-se, bem ao revés, que o juiz prolator da sentença anulada encontra-se *vinculado* ao processo, devendo necessariamente julgá-lo pela segunda vez. Cf. artigo 4º, VIII, do Capítulo AUD da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional: “*Vincula-se ao julgamento da lide o juiz que: [...] VIII - Prolatar sentença anulada ou reformada pela instância superior, se não for obrigatória a colheita de novas provas de qualquer espécie*” (disponível em <http://www.trt15.jus.br/corregedoria/cnc/index.shtml>, acesso em 25.02.2011). A lei brasileira, por outro lado, não é clara a respeito, o que suscita as diversas interpretações administrativas de caráter ordenador.

¹⁶³² In verbis: “**49.** *La Cour ne souscrit pas à ce raisonnement. L'exigence d'équité s'applique à l'ensemble de la procédure et ne se limite pas aux audiences contradictoires. A n'en pas douter, les apparences de la justice demeureront sauves en l'espèce, et du reste les requérants ne se plaignent pas d'avoir été privés des facilités nécessaires pour préparer leur défense. [...] Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 (art. 6) s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige. Or le libellé des paragraphes 1 et 2 de l'article 12 pris conjointement excluait en réalité tout examen effectif de l'affaire par la première chambre de la Cour de cassation; une fois la constitutionnalité de ces paragraphes affirmée par l'assemblée plénière, la conclusion de la première chambre devenait inévitable. [...] 50. En conclusion, l'Etat a porté atteinte aux droits des requérants garantis par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) en intervenant d'une manière décisive pour orienter en sa faveur l'issue - imminente - de l'instance à laquelle il était partie. Il y a donc eu violation dudit article (art. 6-1)*” (g.n.). Na espécie, o Poder Legislativo grego havia aprovado a Lei

Registre-se, ainda, que o exercício concomitante de funções *consultivas* e *judiciais*¹⁶³³ tem inspirado cuidados ao TEDH, sugerindo a perda da imparcialidade do órgão, se não de sua própria independência orgânica (*Demicoli v. Malta*, 27.08.1991, A-210, p.18, par. 39-40¹⁶³⁴).

VI. Sobre o direito à *duração razoável*, alfim, o TEDH tem se lastreado na correta percepção de que o julgamento da causa em um prazo razoável é elemento essencial para a boa administração da justiça e para a preservação da eficácia e da credibilidade dos sistemas judiciários (*Guincho v. Portugal*, 10.07.1984, A-81). Entende-se, por outro lado, que a “razoabilidade” do tempo processual pressupõe juízos de ponderação concreta que tomem em consideração o “*justo equilíbrio entre a celeridade do processo e a boa administração*”¹⁶³⁵, o que permite mais uma vez reconhecer a distinção conceitual entre o *princípio da celeridade* e o *princípio da duração razoável* (*supra*, nota n. 1470); assim, por

n. 1701/1987, (re)interpretando a Lei n. 141/1975 — relativa à resilição de contratos administrativos passados pela Grécia no período de exceção compreendido entre 21.04.1967 e 24.07.1974 — em detrimento das empresas em questão, quando já havia decisão de um tribunal arbitral acolhendo em parte a demanda das refinarias reclamantes; isso tudo significou, afinal, que “[l]’Etat changea alors de tactique et porta le litige devant les juridictions civiles en contestant la validité de la clause compromissoire et, partant, de la sentence arbitrale (paragraphes 15 et 18 ci-dessus). [...] L’adoption par le Parlement de la loi n° 1701/1987 marque sans nul doute un tournant de cette procédure qui jusqu’alors s’était révélée défavorable à l’Etat”. Com a edição da “nova” lei, e diante do que então previa o artigo 77, ns. 1 e 2, da Constituição grega de 1975, o Legislativo interferiu decisivamente no curso das ações judiciais, vulnerando a independência dos tribunais gregos em franco desfavor das empresas litigantes.

¹⁶³³ No Brasil, “*mutatis mutandis*”, o Conselho Nacional de Justiça tem acumulado funções parajudiciais (pedidos de providências, julgamento administrativo de juízes) com outras tipicamente consultivas, o que poderá adiante suscitar dúvidas quanto à imparcialidade de suas decisões em casos concretos. Cf. artigos 92, I-A, e 103-B, §4º, da CRFB, bem como o artigo 4º, incisos VI e VIII, por um lado, e XXXII, por outro, todos do Regimento Interno do CNJ (prevendo, ali, funções disciplinares decisórias; aqui, funções consultivas).

¹⁶³⁴ *In verbis*: “**39.** La Cour relève, avec la Commission, que le pouvoir du Parlement maltais de prendre des mesures disciplinaires et de régler ses affaires intérieures ne se trouve pas en jeu. En outre, elle n’a pas pour tâche d’examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont les poursuites dirigées contre M. Demicoli se sont déroulées a enfreint l’article 6 par. 1 (art. 6-1). [...] Selon sa jurisprudence, “un ‘tribunal’ se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l’issue d’une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (...). Il doit aussi remplir une série d’autres conditions - indépendance, notamment à l’égard de l’exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure - dont plusieurs figurent dans le texte même de l’article 6 par. 1 (art. 6-1)” (arrêt Belilos du 29 avril 1988, série A n° 132, p. 29, par. 64). [...] **40.** En l’occurrence, la Chambre des Représentants exerçait sans nul doute une fonction juridictionnelle en statuant sur la culpabilité du requérant. La question clé consiste à savoir si l’exigence de l’impartialité fut dûment respectée. Aux fins de l’article 6 par. 1 (art. 6-1), celle-ci s’apprécie selon une démarche subjective, sur la base de la conviction ou de l’intérêt personnels de tel juge en telle occasion, et selon une démarche objective conduisant à déterminer s’il donnait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. En la matière même les apparences peuvent revêtir de l’importance, surtout au pénal (voir, entre autres, l’arrêt Hauschildt du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, paras. 46-48)”.

¹⁶³⁵ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.144.

exemplo, não vulnera o direito à duração razoável do processo — aliás, bem ao contrário — a demora no desate de um processo-crime ante a decisão de se aguardar a instrução em processo relativo a outros implicados, possibilitando o julgamento conjunto e complessivo de todos os envolvidos (*Boddaert v. Bélgica*, 12.10.1992, A-235-D, pp.82-83, par. 39).

A duração razoável “*in genere*” não se confunde, ademais, com a garantia processual penal do artigo 5º, 3, da CEDH, no sentido de que “[q]ualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo [...] tem direito a ser julgada num prazo razoável ou posta em liberdade durante o processo”, embora ambas pertençam à mesma cepa. Entende-se, porém, que nos lindes do devido processo penal a *celeridade* do processo — ou a “particular diligência”¹⁶³⁶ — é um vetor mais ingente, notadamente quando se trata de réu preso, porque está em causa a privação de sua liberdade ambulatorial. Assim, a jurisprudência do TEDH revela casos em que se reconheceu violação à norma do artigo 5º, 3, sem todavia haver vulneração à norma do artigo 6º, 1 (e.g., *Neumeister v. Áustria*, 27.06.1968, A-8, pp.41-43, §§ 16 e 21¹⁶³⁷).

¹⁶³⁶ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.144.

¹⁶³⁷ *In verbis* (nos “*Arguments de la Commission et du Gouvernement*”): “**16.** À l’audience du 12 février 1968, la Commission a présenté les conclusions suivantes: “Plaise à la Cour de dire: (1) si l’article 5 par. 3 (art. 5-3) de la Convention a ou n’a pas été violé par la détention de Fritz Neumeister entre le 12 juillet 1962 et le 16 septembre 1964; (2) si l’article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention a ou n’a pas été violé par le non-achèvement des poursuites pénales engagées contre Fritz Neumeister à partir du 21 janvier 1960, date à laquelle l’intéressé a été entendu pour la première fois par le Juge d’instruction en tant que suspect, ou à partir d’une date ultérieure; (3) si l’article 6 par. 1 (art. 6-1) ou l’article 5 par. 4 (art. 5-4), ou encore les deux articles à la fois, ont ou n’ont pas été violés par la procédure suivie, en application des articles 113 et 114 du Code autrichien de procédure pénale, au sujet des recours introduits par Fritz Neumeister contre sa détention préventive”. Adiante (na parte “*En Droit*”): “**21.** La Cour ne considère toutefois pas que ces divers indices suffisent pour conclure en l’espèce à un dépassement du délai raisonnable prévu à l’article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention. [...] Il n’est pas douteux, en effet, que **l’affaire Neumeister présentait une complexité toute particulière** en raison des circonstances mentionnées plus haut (exposé des faits, par. 20). On ne peut, notamment, imputer aux autorités judiciaires autrichiennes les difficultés rencontrées par elles à l’étranger pour obtenir l’exécution de leurs nombreuses commissions rogatoires (arguments du Gouvernement, par. 24). L’attente du retour de celles-ci explique sans doute l’ajournement de la clôture de l’instruction alors qu’en Autriche il ne restait plus de devoirs à accomplir.[...] La marche de l’instruction eût probablement été accélérée si la cause du requérant avait été disjointe de celles de ses coïnculpés, mais rien n’indique qu’une telle disjonction eût été compatible en l’espèce avec une bonne administration de la justice (arguments du Gouvernement, par. 25 in fine).[...] La Cour ne croit pas, d’autre part, que la marche de l’instruction eût été plus rapide si, à supposer la chose légalement possible, l’instruction de l’affaire avait été confiée à plus d’un magistrat. Elle relève en outre que si le Juge commis n’a pas pu être déchargé des affaires financières dont il avait été chargé avant 1959, de nombreuses autres affaires qui eussent dû normalement lui échoir après cette date ont été confiées à d’autres magistrats (arguments du Gouvernement, par. 25). [...] Il convient encore de souligner que **le souci de célérité ne peut dispenser les magistrats qui, dans le système de procédure pénale en vigueur sur le continent européen, ont la responsabilité de l’instruction ou de la conduite du procès, de prendre toute mesure de nature à faire la lumière sur le bien**

Também por essa necessária diferenciação baseada na natureza dos interesses materiais em jogo (se predominantemente patrimoniais, como em geral são os “*direitos e obrigações de carácter civil*”, ou de maior dignidade, como as ameaças à liberdade que em princípio dimanam de “*qualquer acusação em matéria penal*”), o próprio termo “*a quo*”¹⁶³⁸ da contagem dos prazos de duração processual é diverso em uma situação ou noutra: em matéria civil, conta-se a partir da apresentação oficial do pedido no juízo ou tribunal correspondente, i.e., da sua formalização perante as serventias (o protocolo, o despacho com o juiz, a distribuição, etc.); em matéria penal, ao revés, conta-se a partir do momento da “*acusação*” em sentido lato, i.e., desde quando as suspeitas que emergem do processo/procedimento repercutem de modo relevante sobre a condição jurídica da pessoa (v., e.g., *Ferrarin v. Itália*, *Requête n. 34203/96*, 26.04.2001, par. 19), o que inclui decerto as próprias prisões processuais penais cautelares (v., e.g., *Yaggi e Sargin v. Turquia*, 08.06.1995¹⁶³⁹). Logo, não se exige uma acusação *formal*, nos termos dos artigos 57º, 1, e 283º, 3, do CPP português¹⁶⁴⁰; basta que uma investigação ou instrução criminal volte-se concretamente contra certa pessoa, ainda que não diretamente (v. *Eckle v. Alemanha*, 15.07.1982, A-51, pp.33-34, par. 74¹⁶⁴¹). No campo civil, ademais, admite-se a contagem

ou le mal-fondé de l'accusation (Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung) [...]” (g.n.). Finalmente (nas conclusões): “*Par ces motifs, la Cour [...] Dit, à l’unanimité, qu’il y a eu violation de l’article 5 par. 3 (art. 5-3) de la Convention; [...] Dit, par cinq voix contre deux, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1) quant à la longueur de la procédure poursuivie à charge du requérant [...]*” (g.n.).

¹⁶³⁸ Termo “*a quo*” que, aliás, é geralmente referido por expreso nos julgados do TEDH, em calendário preciso, para em seguida se apurar se a demora foi ou não razoável.

¹⁶³⁹ *Tribunal Europeo...: Jurisprudencia 1988-2002*, v. II, pp.1160-1162.

¹⁶⁴⁰ *In verbis*: “*1. Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal*” (artigo 57º, 1); “*3. A acusação contém, sob pena de nulidade: a) As indicações tendentes à identificação do arguido; b) A narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, incluindo, se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada; c) A indicação das disposições legais aplicáveis; d) O rol com o máximo de 20 testemunhas, com a respectiva identificação, discriminando-se as que só devam depor sobre os aspectos referidos no artigo 128.º, n.º 2, as quais não podem exceder o número de cinco; e) A indicação dos peritos e consultores técnicos a serem ouvidos em julgamento, com a respectiva identificação; f) A indicação de outras provas a produzir ou a requerer; g) A data e assinatura*” (artigo 283º, 3).

¹⁶⁴¹ *In verbis*: “*74. Applying these principles to the facts of the case, the Court considers that the date put forward by the applicants in respect of the Trier proceedings cannot be the relevant one because documents produced by the Government show that the complaint lodged on 28 October 1959 did not lead to any formal measures of inquiry being ordered. The public prosecutor’s office closed the file on the matter after obtaining information from the competent administrative authorities as to the existence of maximum prices in the building materials trade; neither the prosecutor’s office nor the police questioned witnesses or the applicants. A true preliminary investigation was begun only in August 1960 when numerous witnesses were interviewed in connection with the allegations made against Mr. Eckle (see paragraphs 11-12 above). As the Delegate of*

do tempo *anterior* à formalização da demanda cível, se antes dela o interessado houve de obrigatoriamente se submeter a uma fase preliminar, ainda que administrativa (*Golder v. Reino Unido*, *cit.*, p. 18, par. 32¹⁶⁴²).

A ideia de prazo razoável deve abarcar todo o processo, desde o seu início formal — ou mesmo antes disso, como apontado — até as instâncias recursais (e inclusive a *jurisdição constitucional*, se o seu resultado interferir sensivelmente com a “determinação” dos direitos e obrigações de caráter civil ou com a “acusação” em sede penal). Termina-se a contagem, no processo penal, com o desate definitivo da lide, seja pela condenação ou pela absolvição do réu, seja pelo arquivamento do feito (*Wemhoff v. Alemanha*, A-7, p. 26, par. 18). No processo civil, do mesmo modo, a contagem termina com a decisão definitiva (irrecorrível por vias ordinárias); mas havendo condenação em quantia (certa ou incerta), o TEDH tem compreendido, em boa linha, que a razoabilidade do prazo deve também considerar a fase executiva ou de cumprimento da sentença (v., e.g., *Guincho v. Portugal*, *cit.*, p.13, par. 29¹⁶⁴³; *Martins Moreira v. Portugal*, *cit.*, p. 16, par. 44; *Zappia v. Itália*,

the Commission pointed out, the object of these interviews was not to determine whether a preliminary investigation should be opened; the interviews themselves formed part of the preliminary investigation. [...] Nevertheless, having been unable to ascertain as from what moment the applicants officially learnt of the investigation or began to be affected by it, the Court concurs with the opinion of the Commission and takes as the starting point for the "time" the date of 1 January 1961. [...] In this connection, the Court does not deem it necessary, as the Government at one point seemed to have in mind, to draw any distinction between the two applicants, for although the investigation does not appear to have been directed against Mrs. Eckle from the outset, she must have felt the repercussions to the same extent as her husband” (g.n.).

¹⁶⁴² *In verbis* (e in fine): “While the right to a fair, public and expeditious judicial procedure can assuredly apply only to proceedings in being, it does not, however, necessarily follow that a right to the very institution of such proceedings is thereby excluded; the Delegates of the Commission rightly underlined this at paragraph 21 of their memorial. Besides, in criminal matters, the “reasonable time” may start to run from a date prior to the seisin of the trial court, of the “tribunal” competent for the “determination ... of (the) criminal charge” (*Wemhoff judgment* of 27 June 1968, Series A no. 7, pp. 26-27, para. 19; *Neumeister judgment* of 27 June 1968, Series A no. 8, p. 41, para. 18; *Ringeisen judgment* of 16 July 1971, Series A no. 13, p. 45, para. 110). It is conceivable also that **in civil matters the reasonable time may begin to run, in certain circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute**” (g.n.). No Brasil, hipótese de fase administrativa obrigatória decorre do artigo 217, §1º, da CRFB, pelo qual “[o] Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas **após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei**” (g.n.). Assim, em matéria civil-desportiva, o “prazo razoável” deve sempre computar, além da demora estritamente judiciária, aquela verificada nos tribunais autônomos de justiça desportiva, a bem da integridade do conceito de “duração razoável” ínsito ao artigo 5º, LXXVIII.

¹⁶⁴³ *In verbis*: “**29. The starting point of the relevant period — likewise a matter on which there was no dispute — was 7 December 1978, the date proceedings were instituted before the Vila Franca de Xira Regional Court** (see paragraph 10 above). [...] In the submission of the Government, the relevant “time” came to a close on 25 October 1982 with the judgment which held that Mr. Guincho was entitled to damages but reserved the assessment of the quantum for the procedure for “execution” of the ruling (see paragraph 19 above). [...] The

26.09.1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1412, par. 22¹⁶⁴⁴). Decorre disso que, na perspectiva do TEDH, pode-se igualmente afirmar, ao menos em face dos arestos exarados a partir da década de noventa, que a **efetividade da jurisdição** é um atributo indissociável do conceito de processo equitativo *ex* artigo 6º da CEDH.

Como o problema do prazo razoável é sempre uma “*quaestio facti*”, o TEDH entende que, ante a aparente exorbitância objetiva do prazo, cabe ao *Estado requerido* explicar e provar as razões da demora (*Ruotolo v. Itália*, 27.02.1992, A-230-D, p. 39, par. 37). Admitem-se conciliações no curso do procedimento, que são muito comuns quando a demanda mira reparações por inobservância da duração razoável. Se não há acordo, porém, os Estados geralmente arguem a complexidade do caso (assim, *e.g.*, a multiplicidade de partes, testemunhas ou peritos, as questões técnicas de alta indagação, o volume da prova, etc.); mais raramente, alegam fatores externos imprevisíveis ou inevitáveis, como as crises institucionais (admitindo essa alegação, cf., por todos, *Buchholz v. Alemanha*, 06.05.1981, A-42, pp.21-23, par. 63¹⁶⁴⁵; em sentido contrário — pelas características do caso —, cf.

Court, like the Commission, finds that this judgment did not constitute the final decision since the Regional Court had not yet assessed the damages to be awarded to Mr. Guincho (see paragraph 65 of the report). The Court notes that the action fell into two phases, the first one lasting until 25 October 1982 and the second one, as yet uncompleted, being the "execution" procedure. The latter procedure, which was entirely dependent upon the initiative being taken by the applicant, was not commenced until 23 September 1983 that is after approximately eleven months (see paragraph 20 above); on the basis of the evidence adduced before the Court, it cannot be open to any criticism. The Court will consequently confine its examination to the first phase, which ran from 7 December 1978 until 25 October 1982 (three years, ten months and eighteen days)".

¹⁶⁴⁴ *In verbis*: “22. The Court observes that the period to be taken into consideration did not begin on 27 July 1963, when proceedings were brought against Mr. B. in the Reggio di Calabria District Court, but only on 1 August 1973 when the Italian declaration under Article 25 of the Convention (art. 25) took effect (see paragraph 20 above). In order to determine the reasonableness of the length of time which has elapsed since that date, regard must be had however to the state of the case at the time (see, among other authorities, the *Billi v. Italy* judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-G, p. 89, para. 16). **The relevant period has not yet ended, as the enforcement proceedings are still pending**” (g.n.).

¹⁶⁴⁵ *In verbis*: “63. After the foregoing examination of the course of the three sets of proceedings in question, the Court is in a position to determine whether their total duration violated Article 6 par. 1 (art. 6-1) of the Convention. [...] Although the progress of the second set of proceedings was extremely slow and although the Labour Court of Appeal had, in particular, on several occasions deferred its hearings for somewhat long periods, the duration of the litigation was also to a large extent the result of certain issues raised by Mr. Buchholz of his own accord, in respect of which he must bear the consequences. Neither can the Court overlook the fact that **the delays at the Court of Appeal level occurred at a time of transition marked by a significant increase in the volume of litigation resulting from deterioration in the general economic situation**. Having assessed the material before it and taken notice of the authorities’ efforts to expedite the conduct of business before the labour courts, the Court considers that, even when viewed cumulatively, the delays attributable to the competent courts did not exceed a reasonable time within the meaning of Article 6, par. 1 (art. 6-1)”.

Baggetta v. Itália, 25.06.1987, A-119, p.33, par. 24¹⁶⁴⁶). Em todo caso, arguindo fatores endógenos (complexidade) ou exógenos (crises), ao Estado cabe a prova do alegado, qual “*onus probandi*” inapelável.

De outra parte, o *comportamento do requerido* é um fator objetivo sempre levado em consideração para o juízo de razoabilidade do prazo (v., e.g., *Wiesinger v. Áustria*, 30.10.1991, A-213, p. 22, par. 57): se a parte dá causa aos atrasos, no todo ou em parte relevante deles, isso terá relevância para a valoração do atraso, notadamente quando se cuide de processos sujeitos ao princípio dispositivo, ainda que esse dado não seja necessariamente determinante (v. *Baraona v. Portugal*, 08.07.1987, A-122, p. 19, par. 48¹⁶⁴⁷). Também se toma em conta o *comportamento das autoridades nacionais*, a que se contabilizam desfavoravelmente todas as paralisações inexplicáveis do processo (inclusive o seu “tempo morto” em secretarias ou escritórios judiciais; v., p.ex., *Styranowsky v. Polônia*, 30.10.1998, que culminou com o deferimento, ao requerente, de uma indenização de 15.000 *zlotys* por danos morais¹⁶⁴⁸). Não escusam, ademais, as demoras que não são diretamente imputáveis ao Poder Judiciário, mas à Administração (seja pela disfuncionalidade das fases

¹⁶⁴⁶ Trata-se de caso em que o Governo italiano pretendeu justificar a demora no desfecho do processo-crime de GIUSEPPE BAGGETTA com um *boom* de litígios e a consequente crise de escoamento que teria se abatido sobre os tribunais italianos em meados da década de setenta, conforme estatísticas que então apresentou ao TEDH. Para escusar, porém, a crise deve ser *conjuntural*, justificando a surpresa e as dificuldades do Estado requerido. Se se trata de crise *estrutural*, que se arrasta por anos sem o necessário enfrentamento executivo e/ou legislativo, já não se tem por aceitável o atraso (Cabral Barreto, *op.cit.*, p.149). Por outro lado, a conjuntura tem de ser suficientemente grave para justificar os atrasos (mormente em sede processual penal, onde são menos aceitáveis). Nada disso se verificou no caso *Baggetta*: “**24. In the instant case it might be asked whether such a situation did not arise from the political troubles the region was experiencing at the time (see the above-mentioned Foti and Others judgment, Series A no. 56, pp. 20-21, § 61). However that may be, the situation does not justify the time which elapsed — more than nine years — before the judgment of 22 November 1982; the period to be considered was much longer than in other cases referred to by the Government, which, besides, did not relate to a "criminal charge"** (see the above-mentioned Buchholz judgment, Series A no. 42; the above-mentioned Zimmermann and Steiner judgment, Series A no. 66; and the Guincho judgment of 10 July 1984, Series A no. 81).[...] At all events, the respondent State's endeavors to improve the working conditions of the Calabria courts began only in 1978, roughly seven years after the institution of the proceedings against the applicant, who had been waiting for his case to be set down for trial since 9 January 1973, when the judicial investigation was concluded (see paragraph 7 above). Furthermore, despite the expeditiousness of the Court of Appeal, the proceedings did not end until December 1986” (g.n.)

¹⁶⁴⁷ *In verbis*: “**48. La procédure incriminée se trouvait régie par les dispositions du code portugais de procédure civile, selon lesquelles l’initiative incombe aux parties, en l’occurrence le requérant et le ministère public. Cela ne dispensait pourtant pas le tribunal d’assurer la bonne marche de l’instance** (arrêts Guincho précité, série A n° 81, p. 14, § 32, et Capuano du 25 juin 1987, série A n° 119, § 24). En outre, il faut noter que **M. Baraona a protesté contre les prorogations de délai consenties par le juge [...]**” (g.n.).

¹⁶⁴⁸ *Tribunal Europeo...: Jurisprudencia 1988-2002*, v. II, pp.1628-1630.

preliminares obrigatórias, seja pelo retardo nas ações auxiliares — como no caso *Moreira Pinto* —, seja ainda pelas resistências que opuser na condição de ré) ou ao próprio Poder Legislativo (pela inadequação do aparato legal); a responsabilidade internacional põe-se da mesma forma, porque perante o TEDH o Estado requerido apresenta-se como uma unidade funcional e estrutural (v. *Martins Moreira v. Portugal*, *cit.*, p. 20, par. 60¹⁶⁴⁹).

Constatada a mora excessiva e injustificada, e “*se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação*”, os Estados requeridos podem ser instados a pagar uma *reparação pecuniária razoável* aos requerentes (artigo 41 da CEDH), por danos materiais e também por danos morais puros (como visto no caso *Styranowsky*), afora eventuais despesas e custos com a litigância (se não abrangidas pela hipótese do artigo 50 da CEDH, que transfere despesas com o “funcionamento do Tribunal” para o Conselho da Europa)¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁹ *In verbis*: “**60.** Again in the Government's view, only the conduct of the judicial authorities in question could incur the international liability of Portugal in this matter and not any errors on the part of the legislature, the executive, or organs or persons outside the State structure, in this instance the Institute, which had no hierarchical relationship with the courts. [...] This argument runs counter to the established case-law of the Court. In ratifying the Convention, the **Portuguese State undertook the obligation to respect it and it must, in particular, ensure that the Convention is complied with by its different authorities** (see, amongst other authorities and *mutatis mutandis*, the *Guincho* judgment cited above, Series A no. 81, p. 16, para. 38). [...] In this instance, **the various institutions which were prevented through inadequate facilities or an excessive workload from complying with the requests of the Evora court were all public establishments. The fact that they were not judicial in character is immaterial in this respect.** [...] This is true in particular of the Lisbon Institute of Forensic Medicine, whose lack of facilities gave rise to difficulties. Under Article 600(2) of the Code of Civil Procedure, institutes of this type are to carry out forensic medical examinations. Moreover, they were set up for this purpose and come under the administrative authority of the Ministry of Justice. Accordingly, the Portuguese State is under a duty to provide them with appropriate means in relation to the objectives pursued so as to enable them to comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1) (see, *mutatis mutandis*, the *Bouamar* judgment of 29 February 1988, Series A no. 129, p. 22, para. 52). [...] In any event, the examination in question was to be effected in the context of judicial proceedings supervised by the court, which remained responsible for ensuring the speedy conduct of the trial (see, *inter alia*, the *Capuano* judgment of 25 June 1987, Series A no. 119, p. 13, para. 30)” (g.n.).

¹⁶⁵⁰ Obviamente, o direito à reparação razoável existe em tese para qualquer hipótese de violação das normas tutelares da CEDH e de seus protocolos. Em alguns casos, porém, o deferimento é mais frequente, porque os ordenamentos internos não têm tratamento adequado para a reparação/compensação do direito violado; é o que se dá, muito comumente, com a garantia da duração razoável do processo.

§ 20º. O “*PROCEDURAL DUE PROCESS*” NA JURISPRUDÊNCIA

20.1. “*PROCEDURAL DUE PROCESS*” NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREME COURT (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA)

I. No berço do “*due process of law*” em terras americanas, o devido processo formal tem conhecido curiosas e importantes aplicações. Para um rápido panorama evolutivo, da Independência Norte-americana (1776) até o limiar do século XXI, socorrer-nos-emos no extrato de TROISI-PATON¹⁶⁵¹, para depois — e paulatinamente — acrescentar outros julgados. Julgados relevantes, porém, tivemos-los somente a partir do século XIX.

De fato, como visto no tópico 10.1.5.1, o “*due process of law*” precisou de meio século para se despregar do texto constitucional e ganhar vida na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*. A primeira referência a um sentido eminentemente *procedural* para o devido processo legal surge quase sessenta anos depois da Declaração de Independência, no ano de 1856¹⁶⁵², ao ensejo de *Murray’s Lessee v. Hoboken Land Improvement Co.* (59 U.S. 272), reconhecendo que o processo/procedimento deve ser considerado constitucional se os seus termos não estiverem em conflito com a *U.S. Constitution* e forem consistentes com os procedimentos consagrados na tradição da metrópole (“*the common law of England*”) e das próprias colônias norte-americanas (“*the laws of many of the colonies before the Revolution*”). Com efeito, nesse aresto pontificou-se pela primeira vez, e com a clareza possível, o paradigma de um devido processo formal conforme à Constituição.

Tratava-se de caso em que o cidadão SAMUEL STWARTWOUT, que houvera supostamente desviado mais de um bilhão de dólares enquanto trabalhava como coletor alfandegário para o Governo Federal (com os quais teria negociado a compra de terras em *New Jersey*) — e por isso vira a aquisição fundiária prejudicada e o dinheiro apreendido por força de mandado de sequestro emitido pelo Departamento do Tesouro Nacional, em rito administrativo sumário, nos termos de ato congressional passado em 15.05.1820 —, insurgiu-se contra a constrição administrativa, alegando que o ato de 1820 violava a Quinta Emenda

¹⁶⁵¹ Cf. Kimberly Troisi-Paton, *The Right to Due Process*, Farmington Hills, Greenhaven Press, 2005, pp.126-131.

¹⁶⁵² TROISI-PATON refere equivocadamente, no início de seu extrato, o ano de 1855 (*op.cit.*, p.126).

(i.e., ao “*due process of law*”), por autorizar o bloqueio de propriedades ao ensejo de um procedimento não judicial¹⁶⁵³. Seguindo a opinião do *justice* BENJAMIN R. CURTIS, porém, a Suprema Corte entendeu, por unanimidade, que o processo administrativo sumário do ato de 1820 consubstanciava “devido processo legal”, porque tinha base prudencial e costumeira nas práticas imemoriais da “*common law*” britânica, perfazendo a “lei da terra” (“*by the law of the land*”) para os efeitos da *Magna Charta* de 1215, na fórmula que a *U.S. Constitution* a seu modo apropriara; e não se poderia esperar mais que isso para a validação constitucional de um procedimento construtivo oficial, seja judicial ou administrativo (i.e., “*includes all known and appropriate means of effectually collecting and disbursing that revenue*”), mesmo porque “*constitution contains no description of those processes which it [the due process clause] was intended to allow or forbid*”. O direito de acesso aos tribunais judiciais — desde então reconhecido como uma dimensão do devido processo formal (mas com limitações “*ex ratione materiae*”, ainda tributárias da ideia britânica de “*parliamentary sovereignty*”, como se verá na transcrição a seguir) — estaria assegurado, ademais, pelo modelo constitucional do “*judicial review*”, que conferia ao cidadão a possibilidade de contestar os valores reclamados pelo Estado em uma corte judicial, apesar dos poderes de excussão conferidos pelo Congresso às instâncias distritais. Assim é que,

“[t]o avoid misconstruction upon so grave a subject, we think it proper to state that we **do not consider Congress can either withdraw from judicial cognizance any matter which, from its nature, is the subject of a suit at the common law, or in equity, or admiralty**, nor, on the other hand, **can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination**. At the same time, there are matters, involving public rights, which may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them, and which are susceptible of judicial determination, but which Congress may or may not bring within the cognizance of the courts of the United States, as it may deem proper. Equitable claims to land by the inhabitants of ceded territories form a striking instance of such a class of cases; and as it

¹⁶⁵³ Na dicção original, indagava-se: “*Taking these two objections together, they raise the questions, whether, under the Constitution of the United States, a Collector of the Customs from whom a balance of account has been found to be due by accounting officers of the Treasury, designated for that purpose by law, can be deprived of his liberty or property in order to enforce payment of that balance without the exercise of the judicial power of the United States, and yet by due process of law, within the meaning of those terms in the Constitution, and, if so, then, secondly, whether the warrant in question was such due process of law?*”.

depends upon the will of Congress whether a remedy in the courts shall be allowed at all, in such cases, they may regulate it and prescribe such rules of determination as they may think just and needful. Thus, it has been repeatedly decided in this class of cases that, upon their trial, the acts of executive officers, done under the authority of Congress, were conclusive either upon particular facts involved in the inquiry or upon the whole title” (g.n.).

II. Pouco menos de trinta anos depois, em *Hurtado v. California* (110 U.S. 516, 1884), a *U.S. Supreme Court* recusou ao cidadão JOSEPH HURTADO o seu alegado direito processual de ser julgado perante o Grande Júri, como aspecto peculiar de seu direito ao “*procedural due process*”. Na espécie, HURTADO havia assassinado a tiros o amante de sua esposa e por isso condenado à morte no Estado da Califórnia, após acusação formalizada com base em mera “*information*” validada pelo magistrado competente, sem haver o “*indictment*” perante o júri. Era, com efeito, o que prescrevia a Constituição do Estado da Califórnia de 1879 (artigo 1º, 8¹⁶⁵⁴), em aparente contradição com o procedimento-padrão da *Fifth Amendment* (pela qual “[n]o person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury”, exceção feita aos casos “*arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger*”). As questões eram: condenações à pena de morte prolatadas por cortes estaduais e fundadas em “*information*”, sem a prévia admissão da acusação por um corpo de jurados, violava a cláusula do devido processo da *Fourteenth Amendment*? Ou, de outra parte, a regra do Grande Júri, presente na *Fifth Amendment*, aplicar-se-ia aos Estados da Federação?

As duas respostas foram negativas. E essa decisão significou, naquele momento, conferir grande discricionariedade aos parlamentos estaduais para a conformação do devido processo legal formal em cada uma das unidades federativas, ao menos na esfera penal. É que a Suprema Corte entendeu, por maioria (em voto-condutor do justice MATTHEWS, vencido o justice HARLAN), que os Estados deveriam ter expressiva liberdade na

¹⁶⁵⁴ *In verbis*: “Offenses heretofore required to be prosecuted by indictment, **shall be prosecuted by information**, after examination and commitment by a magistrate, or by indictment, with or without such examination and commitment, as may be prescribed by law. A grand jury shall be drawn and summoned at least once a year in each county”.

confeção de suas próprias leis, sendo certo que a Emenda n. XIV não teria a finalidade de gerar efeitos retroativos e cingir às regras procedimentais mais estritas da Emenda n. V os julgamentos criminais anteriores à própria Décima Quarta Emenda. Se, outrossim, houvesse ela própria objetivado instar os Estados a sujeitar ao júri os seus casos criminais, tê-lo-ia dito expressamente, à maneira da própria Quinta Emenda, o que não se fez. Evocou, enfim, a doutrina de BLACKSTONE para asseverar que, havendo regular processo judicial a assegurar o exercício da defesa, pouco importaria se, na origem do processo-crime, estivesse uma simples “*information*”, previamente examinada e chancelada por um magistrado, ou uma acusação formal perante o Grande Júri, porque em todo caso estariam garantidos os “interesses substanciais” do réu. Na dicção original:

“Tried by these principles [da *Magna Charta*], we are unable to say that the substitution for a presentment or indictment by a grand jury of the proceeding by information, after examination and commitment by a magistrate, certifying to the probable guilt of the defendant, with the right on his part to the aid of counsel, and to the cross-examination of the witnesses produced for the prosecution, is not due process of law. It is, as we have seen, an ancient proceeding at common law, which might include every case of an offence of less grade than a felony, except misprision of treason, and in every circumstance of its administration, as authorized by the statute of California, it carefully considers and guards the substantial interest of the prisoner. It is merely a preliminary proceeding, and can result in no final judgment except as the consequence of a regular judicial trial, conducted precisely as in cases of indictments”.

Na visão do juiz HARLAN, ao contrário, haveria sempre, nos procedimentos de acusação alternativos ao crivo constitucional do Grande Júri, uma indisfarçável subversão do espírito da “lei da terra”. E para tanto afirmar, reportando-se à opinião vencedora, ponderou:

“[m]y brethren concede that there are principles of liberty and justice lying at the foundation of our civil and political institutions which no State can violate consistently with that due process of law required by the Fourteenth Amendment in proceedings involving life, liberty, or property. Some of these principles are enumerated in the opinion of the court. But, for reasons which do not impress my mind as satisfactory, they exclude from that enumeration the exemption from prosecution, by information, for a public offence

involving life. By what authority is that exclusion made? Is it justified by the settled usages and modes of procedure existing under the common and statute law of England at the emigration of our ancestors, or at the foundation of our government? Does not **the fact that the people of the original States required an amendment of the national Constitution, securing exemption from prosecution, for a capital offence, except upon the indictment or presentment of a grand jury, prove that, in their judgment, such an exemption was essential to protection against accusation and unfounded prosecution, and, therefore, was a fundamental principle in liberty and justice?** By the side of that exemption, in the same amendment, is the declaration that no person shall be put twice in jeopardy for the same offence, nor compelled to criminate himself, nor shall private property be taken for public use without just compensation. Are not these principles fundamental in every free government established to maintain liberty and justice? **If it be supposed that immunity from prosecution for a capital offence, except upon the presentment or indictment of a grand jury, was regarded at the common law any less secured by the law of the land, or any less valuable, or any less essential to due process of law, than the personal rights and immunities just enumerated, I take leave to say that no such distinction is authorized by any adjudged case, determined in England or in this country prior to the adoption of our Constitution, or by any elementary writer upon the principles established by Magna Charta and the statutes subsequently enacted in explanation or enlargement of its provisions”** (g.n.).

A rigor, a analogia de HARLAN parecia irrefutável: poderiam os Estados suprimir, no âmbito de suas jurisdições, o direito à justa compensação em caso de expropriações por interesse público ou a garantia processual do “*non bis in idem*” processual penal¹⁶⁵⁵, ambos igualmente previstos na Emenda n. V? Se não poderiam fazê-lo — como se decidiria anos depois, quanto ao “*double jeopardy*”, em *Benton v. Maryland* (395 U.S. 784, 1969) —, por se tratar de um “princípio fundamental de liberdade e justiça”, qual a justificativa para que

¹⁶⁵⁵ Em jargão doutrinário, no Brasil, a expressão “*non bis in idem*” tem sido reservada à dimensão jurídico-substantiva (objetando a que a pessoa seja *punida* duas vezes pelo mesmo fato, haja ou não duplicidade de processos; assim, *e.g.*, haverá “*bis in idem*” se o réu for condenado, em um mesmo processo, por homicídio qualificado ante o motivo torpe, com agravamento da respectiva pena em razão da circunstância agravante genérica “motivo torpe” — v. artigos 61, II, “a”, e 121, §2º, I, todos do CP). Por isso, temos utilizado a expressão adjetivada — “*non bis in idem*” **processual** — como opção latina à expressão inglesa, para significar a objeção a que a pessoa seja *processada* duas vezes pelo mesmo fato, independentemente do resultado do segundo processo.

a exigência do procedimento do Grande Júri em todo “*capital or otherwise infamous crime*” não se estendesse aos Estados¹⁶⁵⁶? O fato, porém, é que HARLAN foi vencido. E, após *Hurtado v. California*, vários Estados passaram a abandonar o procedimento do júri na formalização e admissão de acusações criminais, substituindo-o por “*informations*”, geralmente associadas a audiências preliminares perante um juiz, e/ou pela própria “*discretion*” do procurador ou promotor público. Para muitos críticos, essa “concessão” ao poder de conformação legislativa dos parlamentos estaduais representou uma sensível redução no plexo de garantias formais do devido processo penal, resultando em estatísticas mais alentadas de erros judiciários.

III. Sobre a garantia contra o “*double jeopardy*”, com efeito, pronunciou-se a U.S. Supreme Court pouco mais de cinquenta anos depois, em 1937, no caso *Palko v. Connecticut* (302 U.S. 319); e, nesse julgado, seguiu de perto a linha hermenêutica perfilhada em *Hurtado v. California*. Decidiu-se por maioria (oito votos contra um), na ocasião, que ao réu FRANK PALK (os documentos da corte registraram-no equivocadamente como “Palko”) não aproveitava a proibição do “*double jeopardy*”, placitada pela Emenda n. V, porque “[t]he Fourteenth Amendment does not guarantee against state action all that would be a violation of the original bill of rights (Amendments I to VIII) if done by the Federal Government” (Syllabus, n. 3). Entendeu-se, outrossim, que a garantia processual do “*non bis in idem*” — como, antes (em *Hurtado v. California*), a garantia procedimental da acusação perante o Grande Júri — não estava entre os direitos fundamentais do cidadão estadunidense (ao contrário de liberdades públicas materiais como a liberdade de pensamento e de expressão), “*id est*”, não compunha a plêiade de direitos “*of the very essence of a scheme of ordered liberty*” (justice BENJAMIN CARDOZO), razão pela qual não podia ser compreendida entre os “*privileges or immunities*” que a

¹⁶⁵⁶ “*Mutatis mutandis*” — e apenas para a referência do leitor —, seria algo como afirmar, no Brasil, que a garantia dos julgamentos perante o tribunal do júri em todos os casos de crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, “d”, da CRFB) não fosse aplicável no âmbito das Justiças estaduais. A nosso sentir, partindo-se da premissa que há um rol de direitos fundamentais válido para toda a União (ou, na dicção da HARLAN, “*fundamental principles of freedom and justice*”), não há sistema federalista que justifique a sua mitigação nas esferas estaduais, ao menos em federações constituídas como Estados Democráticos de Direito. Os Estados de regra podem legislar sobre procedimentos (como se dá na Argentina, com suas províncias, e inclusive no Brasil, *ut* artigo 24, XI, da CRFB), ou mesmo sobre direitos processuais e materiais (caso dos EUA, “*ex vi*” da Emenda n. X), mas não é sensato que possam subverter os padrões mínimos de justiça formal que a Constituição acaso positivou para o binômio processo/procedimento.

Emenda n. XIV preservava, no âmbito dos Estados, em favor de todo cidadão dos Estados Unidos da América. Pontuou-se, enfim, que a incorporação estadual dos direitos já assegurados na esfera federal (Emenda n. V) haveria de ser feita progressiva e seletivamente (“*selective incorporation*”¹⁶⁵⁷), mesmo à luz da “*incorporation doctrine*” — pela via do “*due process of law*” da Emenda n. XIV — inaugurada na década de 1890¹⁶⁵⁸.

PALK havia subtraído de uma loja de artigos musicais um fonógrafo, fugindo em seguida a pé. Encurralado por dois policiais, logrou matá-los e assim escapar, para ser capturado somente um mês depois. Fora acusado por dois assassinatos em primeiro grau (“*first-degree murders*”, i.e., homicídios qualificados), mas condenado por delitos mais leves (“*second-degree murders*”, i.e., homicídios dolosos simples); e era esse o “*status quo*” que o réu desejava assegurar, sem êxito. Daí o seu recurso constitucional à *U.S. Supreme Court*: queixava-se do novo julgamento a que fora submetido no Estado de Connecticut, após recurso da promotoria que acusava erro no julgamento anterior, em que houvera sido condenado à prisão perpétua. É que, anulado o primeiro julgamento, deu-se em seu desfavor o fenômeno da “*reformatio in peius*” indireta: PALK foi novamente

¹⁶⁵⁷ Somente entre as décadas de quarenta e sessenta do século XX a doutrina da “*total incorporation*” ganharia fôlego na *U.S. Supreme Court*, a partir do pensamento do justice HUGO BLACK, para quem a Emenda n. XIV, pela cláusula do “*due process*”, obrigava os Estados-membros a incorporar, total e “mecanicamente” (donde se falar também em “*mechanical incorporation*”), toda a gama de direitos consagrados entre as Emendas ns. I e VIII. Excluía-se apenas os direitos decorrentes das Emendas ns. IX e X, que diriam respeito à exclusiva esfera de atuação do poder público federal. Com tudo isso, portanto, restava ainda uma deficiência, porque privados da proteção constitucional do “*due process*”, no âmbito dos Estados, os chamados *direitos fundamentais inespecíficos*, com previsão autônoma na Emenda n. IX (“*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”). A “*total incorporation doctrine*” foi notavelmente desenvolvida por BLACK em *Adamson v. California* (332 U.S. 46, 1947) e depois em *Duncan v. Louisiana* (391 U.S. 145, 1968), registrando, nesse último (em voto convergente à opinião da maioria, que seguia o justice WHITE), que “*the words “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States” seem to me an eminently reasonable way of expressing the idea that, henceforth, the Bill of Rights shall apply to the States. What more precious “privilege” of American citizenship could there be than that privilege to claim the protections of our great Bill of Rights? I suggest that any reading of “privileges or immunities of citizens of the United States” which excludes the Bill of Rights’ safeguards renders the words of this section of the Fourteenth Amendment meaningless*” (g.n.). No primeiro, ainda hoje citado como paradigma do garantismo constitucional estadunidense, “*Justice Hugo Black’s dissent makes an argument for ‘total incorporation’ — the theory that, under the Fourteenth Amendment, state governments, not Just the federal government, are prohibited from violating all of the rights set forth in the Bill of Rights*” (Troisi-Paton, *op.cit.*, p.128 — feitas, porém, as exceções *supra*, quanto às Emendas ns. IX e X, que TROISI-PATON não refere expressamente).

¹⁶⁵⁸ Como esboçamos no tópico 10.1.5, vicejava na *U.S. Supreme Court*, antes da viragem jurisprudencial observada a partir de 1890, a tese de que o *Bill of Rights* estadunidense seria oponível apenas ao Governo Federal (e não aos governos estaduais), tal como explicitado em *Barron v. Baltimore* (32 U.S. (7 Pet.) 243, 1833).

condenado, mas agora por assassinato em segundo grau, aplicando-se a ele a pena capital. Fora de fato julgado duas vezes pelo mesmo fato, sendo certo que o segundo veredicto piorava-lhe a condição processual, incrementando qualitativamente a reprimenda imposta. Como, porém, CARDOZO e seus pares entenderam pela não jusfundamentalidade do “*non bis in idem*” da Quinta Emenda (ao menos para efeitos de repercussão nas esferas estaduais, como “*privilege or immunity*” dos cidadãos norte-americanos), manteve-se intacta a segunda condenação. PALK foi executado na cadeira elétrica, no próprio Estado de Connecticut, em 12.04.1938.

Revela observar, a esta altura, que as *garantias processuais constitucionais* — no processo civil ou no processo penal — não pareciam gozar, em face da jurisprudência da *U.S. Supreme Court* dos oitocentos e mesmo das primeiras décadas do século XX, da mesma dignidade reservada a direitos ou garantias estritamente materiais, como as liberdades públicas clássicas (de expressão, de pensamento, deambulatória, etc.). Pode-se disso intuir uma “hierarquização” — jamais expressa, admita-se — que se manifestava mais ou menos claramente na “*selective incorporation*” e tendia a minimizar, nesses primórdios, a relevância das garantias do “*procedural due process*” para o pleno gozo da cidadania. O que seria paulatinamente vencido, ainda que de modo errático (i.e., mais pronta ou enfaticamente para algumas garantias do que para outras), nas décadas subsequentes.

Em matéria de “*double jeopardy*”, por exemplo, a tese vencedora em *Palko v. Connecticut* cairia trinta anos mais tarde, em *Benton v. Maryland* (395 U.S. 784, 1969). Tratava-se de processo-crime em que JOHN BENTON DALMER fora julgado sob a acusação de apropriação indébita (“*larceny*”) e de roubo (“*burglary*”), tendo sido condenado pelo último delito e sentenciando a dez anos de pena privativa de liberdade, após regular julgamento perante o tribunal do júri; quanto à apropriação indébita, porém, fora absolvido. Pouco depois, a *Maryland Court of Appeals* declarou, em *Schowgurow v. State*, ser inconstitucional a passagem da Constituição de Maryland que exigia, de todos os membros do júri, um juramento pessoal sobre a crença na existência de Deus. Por conseguinte, deu-se a todos os condenados por jurados selecionados sob o rito constitucional de fidelidade teísta a oportunidade de protestar por um novo julgamento.

Assim fez BENTON; mas, na sequência, operou-se outra vez o fenômeno da “*reformatio in peius*” indireta: o novo júri o condenou novamente, desta feita por roubo e por apropriação indébita, majorando-lhe a pena original. BENTON insurgiu-se.

Após todas as instâncias estaduais, o caso foi apresentado à *U.S. Supreme Court* com basicamente as mesmas questões postas em *Palko v. Connecticut*: (a) a garantia de proibição do “*double jeopardy*” (Emenda n. V) era oponível ao poder público estadual? E, em caso positivo, (b) houvera no caso concreto “*bis in idem*” processual (i.e., o réu houvera sido instado a responder duas vezes pelos mesmos fatos)? Para respondê-las, a Suprema Corte teve de superar a objeção da “*concurrent sentence doctrine*” — que já vinha de ser enunciada desde *Hirabayashi v. United States* (320 U.S. 81, 1943)¹⁶⁵⁹, mas de fato não remediava o vício então atacado e nem impedia o seu conhecimento — e no mérito decidir pela violação do devido processo formal, em opinião capitaneada pelo justice THURGOOD MARSHALL, respondendo *afirmativamente* às duas questões *supra*. Com isso, superou-se — a nosso ver corretamente — o precedente *Palko*. Quanto à segunda questão, aliás, consignou-se textualmente:

“The double jeopardy prohibition of the Fifth Amendment, a fundamental ideal in our constitutional heritage, is enforceable against the States through the Fourteenth Amendment. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, overruled” (g.n.).

E, quanto à primeira questão, assentou-se que a condenação do réu por apropriação indébita não poderia subsistir, por evidente contrariedade constitucional à Quinta Emenda: ao pedir novo julgamento (obviamente na expectativa de melhorar sua situação processual, ante a contaminação do julgado anterior por uma nulidade potencialmente prejudicial aos seus interesses), o réu jamais poderia “renunciar” à garantia formal da proibição de “*double*

¹⁶⁵⁹ Por seus termos (*Syllabus*, n. 1), “[w]here a defendant is convicted on two counts of an indictment and the sentences are ordered to run concurrently, it is unnecessary on review to consider the validity of the sentence on both of the counts if the sentence on one of them is sustainable”.

jeopardy”, naquilo em que a decisão original o favorecesse^{1660, 1661}. No mesmo sentido, aliás, evocava-se *Green v. United States* (355 U.S. 184, 1957).

Para essa viragem convergiu, ademais, a doutrina da “*total incorporation*” (*supra*, nota n. 1657) e todos os seus ulteriores desenvolvimentos, tornando-se virtualmente pacífica, na jurisprudência recente da *U.S. Supreme Court*, a compreensão de que as garantias processuais do *Bill of Rights*, assim como todos os demais direitos, liberdades e garantias fundamentais previstos nas Emendas ns. I a VIII, são oponíveis aos poderes públicos estaduais (ressalvadas exceções paradigmáticas — que se explicam historicamente, mas não se justificam intrassistematicamente —, como aquela relativa aos procedimentos perante o “*Grand Jury*”, referida no n. II, *supra*).

IV. Na direção da viragem, mas agora quanto às “*exclusionary rules*” derivadas da Emenda n. IV¹⁶⁶² (e ainda sob os influxos da “*selective incorporation doctrine*”), a *U.S. Supreme Court* já havia decidido, em *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643, 1961), estender aos tribunais estaduais de Ohio o princípio de exclusão das provas obtidas de modo ilícito, elastecendo pela via da Emenda n. XIV o rol de garantias processuais do *Bill of Rights* válidas para os cidadãos em face dos poderes públicos estaduais.

¹⁶⁶⁰ “*Petitioner's larceny conviction cannot stand, since '[c]onditioning an appeal on one offense on a coerced surrender of a valid plea of former jeopardy on another offense exacts forfeiture in plain conflict with the constitutional bar against double jeopardy'*” (Syllabus, n. 4).

¹⁶⁶¹ No Brasil (e, em geral, na América Latina), conquanto a proibição do “*double jeopardy*” não tenha positividade constitucional, seus aspectos mais evidentes têm sido reconhecidos por doutrina e jurisprudência como consectários do *devido processo penal* — logo, com ancoragem constitucional na cláusula do “*due process of law*” (*supra*, tópicos 10.4.3, n. IV, e 16.5.2) —, em especial quanto à proibição de “*reformatio in peius*” direta ou indireta. Cf., por exemplo (e por todos, com precedentes), Ac. STJ, HC n. 108333/SP, Proc. n. 2008/0127256-2, 5ª T., rel. Ministro FELIX FISCHER, j. 16.06.2009, in DJe 08.09.2009. *In verbis*: “**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI, VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DOIS JULGAMENTOS. VEREDICTOS IDÊNTICOS. PENA IMPOSTA NO SEGUNDO MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. I.** Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da reformatio in pejus indireta (Precedentes). **II.** Desse modo, e neste contexto, tem-se que uma vez realizados dois julgamentos pelo Tribunal popular devido à anulação do primeiro, e alcançados, em ambas as oportunidades, veredictos idênticos, não poderá a pena imposta no segundo ser mais gravosa que a fixada no primeiro sob pena de reformatio in pejus indireta. Ordem concedida” (g.n.).

¹⁶⁶² *In verbis*: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

Na espécie, DOLREE MAPP havia sido condenada por posse ilegal de material obsceno (artigo 2905.34 do *Ohio's Revised Code* então em vigor), apreendido em sua casa após uma busca policial reconhecidamente ilegal. De fato, a “diligência” fora consumada por quatro ou mais policiais de Cleveland que, sem portarem o competente mandado judicial (nos termos do aresto, “[t]here is, in the record, considerable doubt as to whether there ever was any warrant for the search of defendant's home”), arrombaram uma das portas da casa e a invadiram contra a vontade dos residentes, obstaram o imediato contato entre esses e o respectivo advogado, agiram com truculência e efetuaram uma série de buscas genéricas, para finalmente procederem à prisão de MAPP pelo material obsceno localizado (“*lascivious books, pictures, and photographs*”). Condenada, MAPP recorreu às instâncias estaduais, sem sucesso, sempre esgrimindo a sua liberdade de expressão (Emenda n. I) e a violação das garantias da Emenda n. IV. Na *U.S. Supreme Court*, porém, em polêmica e apertada decisão (seis votos contra três), negou-se aplicação à Primeira Emenda, mas se reconheceu, para todos os níveis federativos (e já não apenas perante as cortes federais), a impossibilidade de se utilizarem provas obtidas em desacordo com a Emenda n. IV ou ao arrepio de direitos e garantias fundamentais (“*exclusionary rules*”), tomando-se por nula a condenação criminal baseada em tais evidências (embora a própria Emenda n. IV fosse silente quanto às consequências de sua inobservância). Pontificou-se, com efeito, que “[a]ll evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court”. E se estabeleceu, de resto, um raciocínio lógico-jurídico irrefutável, com base em numerosos precedentes da corte (inclusive quanto à garantia do “*right to privacy*” no âmbito dos Estados, pela via da “*due process clause*” da Décima Quarta Emenda — v., *supra*, os tópicos 10.1.5.3 e 15.1 —, que perderia conteúdo se as provas obtidas com prejuízo à “*privacy*” pudessem ser aproveitadas processualmente). Ao final, lia-se:

“The ignoble shortcut to conviction left open to the State tends to destroy the entire system of constitutional restraints on which the liberties of the people rest. **Having once recognized that the right to privacy embodied in the Fourth Amendment is enforceable against the States, and that the right to be secure against rude invasions of privacy by state officers is, therefore, constitutional in origin, we can no longer permit that right to remain an empty promise.**

Because it is enforceable in the same manner and to like effect as other basic rights secured by the Due Process Clause, we can no longer permit it to be revocable at the whim of any police officer who, in the name of law enforcement itself, chooses to suspend its enjoyment. Our decision, founded on reason and truth, gives to the individual no more than that which the Constitution guarantees him, to the police officer no less than that to which honest law enforcement is entitled, and, to the courts, that judicial integrity so necessary in the true administration of justice” (*g.n.*).

Ainda sobre as “*exclusionary rules*”, ademais, pronunciou-se a *U.S. Supreme Court*, nos anos seguintes, em *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966); na década de noventa, em *James v. Illinois* (493 U.S. 307, 1990); e já neste século, em *Berghuis v. Thompson* (560 U.S. ___, 2010). Todos os precedentes são de ordem processual penal. No primeiro, que influenciou toda a história recente dos Estados Unidos da América, a corte considerou inadmissíveis como prova, no processo judicial, todas as declarações — desfavoráveis ou mesmo favoráveis (“*inculpatory and exculpatory*”) — prestadas à polícia por um réu a cujo respeito não se logrou demonstrar a prévia e completa informação dos direitos constitucionais de se manter em silêncio (não auto-incriminação) e de consultar um advogado antes e durante o interrogatório. Sob evidências circunstanciais, ERNESTO ARTURO MIRANDA havia sido acusado de sequestrar e estuprar uma mulher de dezoito anos, dez dias antes da sua prisão. Esses direitos são hoje denominados “*Miranda rights*”, enquanto a conhecida advertência que os policiais estadunidenses fazem aos suspeitos sob custódia processual penal, recorrente na cinematografia hollywoodiana, leva o sugestivo nome de “*Miranda warning*”. O precedente *Miranda* considerou fundamentalmente três casos anteriores (*Westover v. United States*, *Vignera v. New York* e *California v. Stewart*), fundando um paradigma que evoluiria para vetar o emprego judicial de quaisquer evidências obtidas com violação à Quarta, à Quinta ou à Sexta Emenda da *U.S. Constitution*. Subsequentemente, porém, a hipótese original viu-se sucessivamente atenuada. Cunhou-se a “*impeachment exception*”, pela qual se excepcionam as “*exclusionary rules*” para efeito de impugnação do testemunho do próprio réu, que pode ser refutado por suas declarações anteriores, ainda se viciadas. Em *James v. Illinois*, a “*impeachment exception*” foi estendida àqueles casos nos quais o réu não se faz ouvir, esquivando-se de eventual responsabilidade penal por perjúrio, mas apresenta testemunha

de defesa para atestar contrariamente às declarações originais procedimentalmente viciadas. Em *Berghuis v. Thompkins*, enfim, a *U.S. Supreme Court* decidiu que as declarações extrajudiciais dos suspeitos à polícia podem ser admitidas em juízo se, uma vez bem esclarecidos sobre os “*Miranda rights*”, deles abdicarem de modo voluntário e não ambíguo; com isso, ademais, todas as declarações posteriores passam a se reputar válidas, por presunção de renúncia tácita àqueles direitos, à maneira das declarações originais.

V. Em *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335, 1963), a *U.S. Supreme Court* estendeu de modo inequívoco a todos os Estados da União, pela via da Décima Quarta Emenda (com a previsão do “*due process of law*” em âmbito estadual), os direitos processuais derivados da Sexta Emenda. Tratava-se de caso em que CLARENCE EARL GIDEON fora acusado de pequenos furtos ocorridos em *Panama City* (Flórida), em junho de 1961; sem recursos, pediu à corte assistência advocatícia, o que lhe foi negado, ao argumento de que, no Estado da Flórida, advogados dativos só eram indicados em acusações por crimes capitais, o que não ocorria na hipótese. Condenado e preso, GIDEON valeu-se da biblioteca da unidade penitenciária e ali redigiu, de próprio punho, uma apelação à *U.S. Supreme Court*, alegando a supressão de seu direito à assistência de um advogado em juízo, derivado da combinação da Sexta e da Décima Quarta Emendas da *U.S. Constitution*. Após acalorados debates sobre a extensão a crimes não capitais do que se decidira em *Powell v. Alabama* (287 U.S. 45, 1932, declarando — em casos de crimes capitais — extensíveis às cortes estaduais o direito a um advogado dativo), a Suprema Corte reviu parcialmente o precedente dado em *Betts v. Brady* (316 U.S. 455, 1942, admitindo a extensão em caráter restrito e seletivo, como nos julgamentos especialmente complexos, ou ainda naqueles com réus analfabetos ou intelectualmente limitados), para se entender que a assistência advocatícia é um direito fundamental do cidadão, essencial para a consecução de um julgamento justo e inerente ao rol de salvaguardas processuais predispostas pela “*due process clause*” na Décima Quarta Emenda.

Com essa decisão, GIDEON foi levado a novo julgamento no sistema judicial da Flórida, tendo como advogado dativo FRED W. TURNER, sendo então absolvido. Subsequentemente, cerca de dois mil condenados foram libertados na Flórida, como

consequência direta do precedente em *Gideon v. Wainwright*. E, nesses termos, o direito à assistência advocatícia generalizou-se para todos os casos, mesmo nas cortes estaduais, independentemente do patrimônio, da condição intelectual, do nível de escolaridade ou da classe social do acusado.

VI. Por fim, bem mais recentemente, em *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U.S. 557, 2006), a *U.S. Supreme Court* decidiu que às comissões militares criadas pelo governo de GEORGE W. BUSH para julgar os detidos na prisão de Guantánamo faltava “*the power to proceed because its structures and procedures violate both the Uniform Code of Military Justice and the four Geneva Conventions signed in 1949*”. Com efeito, o Governo Federal não poderia instituir comissões militares como tribunais “*ad hoc*”, notadamente sem a autorização do Congresso dos Estados Unidos da América (ou nem mesmo com essa autorização, por violação à garantia pétrea do juiz natural — no Brasil, *e.g.*, cf. artigo 5º, XXXVII, da CRFB, pelo qual “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”); nem tampouco se poderia excluir da competência da *U.S. Supreme Court*, por meio de lei, os litígios relativos aos prisioneiros de Guantánamo, como estabelecia o “*Detainee Treatment Act*”, de 2005, que consagrara nos EUA, ao lado de outros diplomas, o chamado “Direito Penal do Inimigo” (no Brasil, cf. artigo 5º, XXXV, da CRFB).

SALIM AHMED HAMDAN, cidadão iemenita, fora supostamente guarda-costas e motorista do líder máximo da *Al-Qaeda* no Afeganistão, onde se viu capturado em 2001. Levado para Guantánamo em 2002, recorreu às instâncias judiciais estadunidenses, inclusive em sede de *habeas corpus*, argumentando que os procedimentos adotados violavam as mais básicas garantias derivadas do direito militar e internacional, e especialmente o princípio do contraditório, pelo qual “*a defendant must be permitted to see and hear the evidence against him*”. Em julho de 2005, a *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* prolatou decisão desfavorável a HAMDAN, convalidando toda a engenharia técnico-jurídica construída pelo Governo Federal para a hipótese, ao argumento de que **(a)** as comissões militares são fóruns legítimos para o julgamento de combatentes inimigos, dada a peculiaridade da situação; **(b)** sendo pactos entre nações, as convenções de Genebra de 1949 não teriam o condão de positivizar direitos

individuais ou remédios processuais no marco do direito interno estadunidense; (c) ainda que as convenções de Genebra tivessem aplicação nos tribunais norte-americanos, não favoreceriam o prisioneiro requerente, porque sua prisão decorreria de conflito militar entre os EUA e a organização *Al-Qaeda*, sem *status* de país para os fins convencionais (e, ademais, o que ali estaria assegurado é o direito a um procedimento judicial perante “tribunal regularmente constituído”, sem qualquer vinculação à jurisdição civil ou ordinária, ou mesmo à preexistência cronológica do órgão); (d) ao afastar a jurisdição comum, o Congresso Nacional teria autorizado por lei a jurisdição militar “*ad hoc*”.

No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão da corte de apelo do Distrito de Colúmbia, reconhecendo direitos individuais derivados das convenções de Genebra — flertando, pois, com a *doutrina monista* e por meio dela enriquecendo os conteúdos da “*due process clause*” — e recusando legitimidade aos procedimentos persecutórios das comissões militares de julgamento. E para assim decidir, conferindo concreção às cláusulas gerais do artigo 3º das convenções de Genebra (“*tribunal regularmente constituído*”, “*garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados*”) — comum aos quatro tratados —, a Suprema Corte recorreu inclusive à ideia de *proporcionalidade*, revelando mais uma vez as indissociáveis imbricações entre o devido processo formal e o devido processo substantivo. Nas palavras do *justice STEVENS*,

[t]he phrase “all the guarantees ... recognized as indispensable by civilized peoples” in Common Article 3 of the Geneva Conventions is not defined, but it must be understood to incorporate at least the barest of the trial protections recognized by customary international law. **The procedures adopted to try Hamdan deviate from those governing courts-martial in ways not justified by practical need**, and thus fail to afford the requisite guarantees. Moreover, various provisions of Commission Order No. 1 dispense with the principles, which are indisputably part of customary international law, that **an accused must, absent disruptive conduct or consent, be present for his trial and must be privy to the evidence against him**” (*g.n.*).

A passagem sugere, com rara felicidade, que as garantias formais do devido processo, como geralmente aceitas e praticadas em cortes marciais, admitem inflexões, a bem das circunstâncias e das necessidades concretas. Mas, porque não se as reconheceu no

caso *Hamdan*, em que se haviam admitido provas de todo o tipo contra o réu (“*hearsay testimonies*”, testemunhos não juramentados e até mesmo testemunhos obtidos sob tortura), decidiu-se pela anulação dos procedimentos persecutórios realizados até então. Em 07.07.2006, o secretário da Defesa, DONALD RUMSFELD, emitiu o memorando “*Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the Treatment of Detainees in the Department of Defense*”. Em dezembro de 2007, observadas as garantias processuais mínimas, HAMDAN foi considerado “*unlawful enemy combatant*” e encaminhado a uma corte militar que o condenou a sessenta e seis meses de pena privativa de liberdade, de que se deduziria o tempo anterior de detenção.

20.2. “PROCEDURAL DUE PROCESS” NA JURISPRUDÊNCIA DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (ALEMANHA)

I. Na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o conceito de “*procedural due process*” é frequentemente manejado, em suas principais manifestações constitucionais (acesso à justiça, juiz natural, contraditório, audiência judicial), ao contrário do “*substantive due process*”, que se reconhece apenas por seus elementos (em especial o princípio da proporcionalidade e a garantia de conteúdo essencial — *supra*, tópico 15.2). Não, porém, com a locução da língua inglesa: entre os alemães, a dimensão procedural do devido processo é identificada pela expressão “*fairen Verfahrensführung*” e semelhantes. Valerá examinar aqui alguns casos clássicos.

Principiamos pela **garantia do contraditório** e da **audiência judicial** (com imediatidade presencial). Depois, examinam-se arestos relativos ao **acesso à justiça** e ao **juiz natural**. Cobrem-se, com isso, todas as principais garantias processuais positivadas na *Grundgesetz* alemã (respectivamente, artigos 103, 1, 19, 4, e 101, 1 e 2, todos da GG).

II. Em *BVerfGE* 41, 246, decidiu-se fragoroso caso em que os cidadãos ANDREAS BAADER e ULRIKE MARIE MAINHOF, ambos ligados à “*Rote Armee Fraktion*” alemã (organização guerrilheira clandestina de extrema esquerda que funcionou na Alemanha

Ocidental a partir de 1970, dissolvendo-se em definitivo somente em 1998), enquanto respondiam presos a processo criminal, promoveram no cárcere duradoura greve de fome que efetivamente comprometeu os respectivos estados de saúde. Em paralelo, suas condições carcerárias viram-se sucessivamente pioradas em razão do descumprimento iterativo de diversos preceitos do código disciplinar prisional em vigor. Por conta disso, não conseguiram participar ativamente da longa audiência principal perante o juízo criminal, que se estendeu por vários dias. Nada obstante, o *Oberlandesgericht* de *Stuttgart* deliberou, em 30.09.1975, que se prosseguisse com o julgamento à revelia dos réus. Contra essa decisão, os réus ajuizaram uma reclamação processual penal diretamente ao *BGH* (como autoriza o artigo 231-A, 3, do *StPO*), que todavia a rejeitou com fundamento no próprio artigo 231-A, 1, do *StPO*, por cujo teor pode o tribunal prosseguir com a audiência principal quando o réu intencional ou negligentemente concorrer para a própria ausência continuada, impedindo conscientemente o bom andamento ou a continuação da audiência na sua presença, desde que não se considere o seu comparecimento imprescindível e o acusado já tenha tido ocasião de se pronunciar a respeito dos fatos a ele imputados¹⁶⁶³. Para o *BGH*, portanto, o artigo 231-A do *StPO* tanto se aplicaria aos casos de ausência deliberada ou incapacidade absoluta de comparecimento, como também aos casos de incapacidade relativa provocada pelos próprios réus (algo como uma ausência negligentemente preordenada).

Os reclamantes socorreram-se então no *BVerfG*, alegando violações ao artigo 103, 1 (“*todos têm direito a uma audiência perante um tribunal, de acordo com a lei*”), além de violações constitucionais à inviolabilidade da dignidade humana (artigo 1º, 1) e da

¹⁶⁶³ Na íntegra e no original: “§ 231a. (1) Hat sich der Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und verhindert er dadurch wesentlich die ordnungsmäßige Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart, so wird die Hauptverhandlung, wenn er noch nicht über die Anklage vernommen war, in seiner Abwesenheit durchgeführt oder fortgesetzt, soweit das Gericht seine Anwesenheit nicht für unerlässlich hält. Nach Satz 1 ist nur zu verfahren, wenn der Angeklagte nach Eröffnung des Hauptverfahrens Gelegenheit gehabt hat, sich vor dem Gericht oder einem beauftragten Richter zur Anklage zu äußern. (2) Sobald der Angeklagte wieder verhandlungsfähig ist, hat ihn der Vorsitzende, solange mit der Verkündung des Urteils noch nicht begonnen worden ist, von dem wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was in seiner Abwesenheit verhandelt worden ist. (3) Die Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten nach Absatz 1 beschließt das Gericht nach Anhörung eines Arztes als Sachverständigen. Der Beschluß kann bereits vor Beginn der Hauptverhandlung gefaßt werden. Gegen den Beschluß ist sofortige Beschwerde zulässig; [...] (4) Dem Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, ist ein Verteidiger zu bestellen, sobald eine Verhandlung ohne den Angeklagten nach Absatz 1 in Betracht kommt”.

integridade física (artigo 2º, 2), todos da *GG*. Mas a reclamação constitucional foi julgada “manifestamente infundada” (“*offensichtlich unbegründet*”), pelas seguintes razões: **(a)** o artigo 231-A do *StPO* é constitucional “*in abstracto*”, pois não prejudica a essência do direito à audiência judicial (“*rechtliches Gehör*”¹⁶⁶⁴), tal como inscrito no artigo 103, I, da *GG*, ou do próprio direito ao devido processo legal procedimental (“*Recht auf ein faires Verfahren*”), tal como derivado dos artigos 2º, 1, c.c. artigo 20, III, da *GG* (logo, não explícito na Constituição alemã); **(b)** o direito de o réu estar presente na audiência principal e de defender-se (“*bei der Hauptverhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen*”) — i.e., o direito à audiência judicial e o direito à ampla defesa — não restavam concretamente malferidos pelo artigo 231-A do *StPO*, porque quem provoca a sua incapacidade de atuação em audiência de modo doloso ou culpável equipara-se àquele que, apesar de poder comparecer, não comparece à audiência principal ou dela se afasta por própria vontade (artigo 231, 2, do *StPO*); **(c)** se o réu decide não fazer daqueles direitos processuais, abdicando direta — pela ausência deliberada — ou indiretamente — pelo mal-estar físico que se provoca voluntariamente — da possibilidade de sua participação pessoal na audiência principal, não há malferimento a quaisquer direitos fundamentais pelo fato de aquela audiência realizar-se em sua ausência.

O *BVerfG* assim reconhecia, por vias oblíquas, que o direito à audiência judicial e à defesa processual é relativamente *renunciável*, desde que o sistema judicial assegure-lhe o núcleo essencial (artigo 19, 2, da *GG*) — assegurando, p.ex., o mínimo contraditório prévio

¹⁶⁶⁴ Cf. Schwabe, *Cinqüenta anos...*, pp.9217-920. Na tradução de BEATRIZ HENNIG *et al.* para o compêndio jurisprudencial de SCHWABE, traduziu-se a “*rechtliches Gehör*” simplesmente como “contraditório”, em todos os casos, o que não nos parece por tudo exato. O direito ao contraditório pode estar assegurado mesmo quando o procedimento não garanta à parte entrevistar-se pessoalmente com o juiz, como nos procedimentos sumários que versam apenas questões de direito. Daí a opção de tradução que temos feito no curso deste trabalho: “*rechtliches Gehör*” como “**direito à audiência judicial**”, o que pode ora equivaler ao princípio geral do contraditório, como pode ora significar o “*right to a day in court*” (v., *supra*, tópico 16.1, n. II, §19º, n. IV, e nota n. 1366), agora com um sentido de *imediatidade presencial*. Era esse precisamente — e não aquele mais geral de “contraditório” (que aparecerá, p.ex., em *BVerfGE* 9, 89) — o sentido evocado pelos reclamantes no caso *Baader-Meinhof*, à mercê do teor peremptório do próprio artigo 231, 1, do *StPO* (“*Der erschienene Angeklagte darf sich aus der Verhandlung nicht entfernen. Der Vorsitzende kann die geeigneten Maßregeln treffen, um die Entfernung zu verhindern; auch kann er den Angeklagten während einer Unterbrechung der Verhandlung in Gewahrsam halten lassen*” [g.n.]). Na doutrina alemã, a expressão termina açambarcando aqueles dois aspectos, como até outros mais (v., *supra*, tópico 16.1, n. II, e nota n. 1367). De nossa parte, cremos mais adequada à ideia geral de contraditório, sem o elemento da imediatidade presencial, a expressão “*Recht auf Gehör*” (como se pode identificar, por exemplo, na própria *BVerfGE* 9, 89 [112], a seguir deslindada).

(artigo 231-A, 1, n. 2) e a defesa técnica (v., *e.g.*, artigos 140¹⁶⁶⁵, 145 e 228, 3, todos do *StPO*).

III. Em *BVerfGE* 9, 89, por outro lado, o *BVerfG* decidiu que o direito ao contraditório sujeita-se ao princípio da proporcionalidade, admitindo inflexões mais ou menos extensas a depender da natureza e da intensidade dos interesses materiais contrapostos (se bem que, pela perspectiva do julgado, no plano legislativo — o que não desautoriza, porém, semelhantes inflexões no processo de concreção judiciária). No caso concreto, a reclamante respondia em liberdade a processo penal por estelionato e difamação, insurgindo-se em reclamação constitucional contra a decretação de sua prisão preventiva, deferida pelo *Oberlandesgericht* de *Stuttgart* em requerimento que o Ministério Público formulara em recurso ordinário (*Beschwerde*). Entre seus argumentos, a ré alegava a violação do direito fundamental processual ao contraditório (artigo 103, 1, da *GG*), uma vez que não fora intimada, pessoalmente ou por seus advogados, da decisão de segundo grau que a mandou prender e sobre isso não pôde se manifestar com anterioridade. O *BVerfG* admitiu a reclamação constitucional, mas a julgou totalmente improcedente, após validar a ponderação legal de interesses que justificava a restrição casuística e não essencial nas dimensões naturais naquele direito fundamental. Admitiu, com efeito, a figura do *contraditório diferido* em sede recursal, a despeito da ordem detentiva em reversão, decidindo que

“1. Na decretação da prisão preventiva, uma intimação do acusado para a audiência, posterior à prisão, é compatível com a Lei Fundamental. O mesmo vale também para a instância recursal [*“Beschwerdeinstanz”*]. Essa interpretação restritiva do artigo 308, 1, do Código de Processo Penal para o recurso do Ministério Público é

¹⁶⁶⁵ São os casos em que a defesa técnica — dos defensores ou “*Verteidigern*” — é mandatória no sistema processual penal alemão, mesmo que o réu não a deseje ou não possa providenciá-la. *In verbis*: “(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn: 1. die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet; 2. dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird; 3. das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann; 4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 vollstreckt wird; 5. der Beschuldigte sich mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird; 6. zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten seine Unterbringung nach § 81 in Frage kommt; 7. ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird; 8. der bisherige Verteidiger durch eine Entscheidung von der Mitwirkung in dem Verfahren ausgeschlossen ist”. O n. 4 encontra-se atualmente revogado.

admissível, desde que uma aplicação razoável da lei [processual penal] o exija.

“2. Se o tribunal superior estadual conceder um mandado de prisão, rejeitado ou revogado na instância inferior, a partir de uma reclamação do Ministério Público, sem antes ouvir o acusado, então ele terá que dar ao acusado a oportunidade de oferecer suas contrarrazões, decidindo sobre essas. Para isso, o acusado deverá ser intimado em aplicação análoga ao artigo 115 do Código de Processo Penal”¹⁶⁶⁶.

Nas razões de decidir, lia-se que a ré havia sido presa preventivamente em 03.09.1955, por ordem do juízo criminal de primeiro grau (*Schwäbisch Hall*), com base no perigo de obstrução da justiça (“*Verdunkelungsgefahr*”). Tal ordem de prisão fora revogada pelo tribunal estadual de *Heilbronn* em 08.09.1955; mas, a pedido do Ministério Público, o superior tribunal estadual de *Stuttgart* reformou a decisão do tribunal “*a quo*” em 16.09.1955, mantendo o mandado de prisão originário, sem que a reclamação do *Parquet* houvesse sido previamente comunicada à ré ou aos seus advogados. Em sua decisão, o *BVerfG* registrou que a decisão sobre intimar previamente ou não o acusado, quando o Ministério Público recorre pedindo a sua prisão, não prescinde de ponderações concretas em torno do significado do direito ao contraditório em geral e sobre a oitiva do acusado preso em especial. O princípio do contraditório, erigido como direito fundamental no artigo 103 da *GG*, é uma concreção do Estado de Direito no âmbito do processo judicial,

¹⁶⁶⁶ In verbis: “1. Bei der Anordnung der Untersuchungshaft ist eine Verweisung des Beschuldigten auf nachträgliche Anhörung mit dem Grundgesetz vereinbar. Das gilt auch für die Beschwerdeinstanz. Dabei ist eine restriktive Interpretation des § 308 Abs. 1 StPO für die Beschwerde der Staatsanwaltschaft zulässig, soweit eine sinnvolle Anwendung des Gesetzes sie fordert. 2. Erläßt das Oberlandesgericht einen in der unteren Instanz abgelehnten oder aufgehobenen Haftbefehl auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft, ohne den Beschuldigten vorher zu hören, so muß es ihm Gelegenheit zu Gegenvorstellungen geben und über diese entscheiden. Hierauf ist der Beschuldigte in entsprechender Anwendung von § 115 StPO hinzuweisen”. Note-se que a expressão alemã para o depoimento do réu é “*Anhörung*” e não “*Verhör*” (= interrogatório), como no Brasil, onde a dicção legal cria indevido reforço ao aspecto inquisitorial do procedimento (cf. Schwabe, *Cinquenta anos...*, pp.913-917 e nota n. 357). O artigo 115 do StPO assim dispõe: “(1) Wird der Beschuldigte auf Grund des Haftbefehls ergriffen, so ist er unverzüglich dem zuständigen Gericht vorzuführen. (2) Das Gericht hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tage, über den Gegenstand der Beschuldigung zu vernehmen. (3) Bei der Vernehmung ist der Beschuldigte auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ihm ist Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen. (4) Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsbehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2, § 119 Abs. 5, § 119a Abs. 1) zu belehren. § 304 Abs. 4 und 5 bleibt unberührt”. E, por fim, o artigo 308, 1, sobre os apelos criminais: “Das Beschwerdegericht darf die angefochtene Entscheidung nicht zum Nachteil des Gegners des Beschwerdeführers ändern, ohne daß diesem die Beschwerde zur Gegenerklärung mitgeteilt worden ist. Dies gilt nicht in den Fällen des § 33 Abs. 4 Satz 1”.

o que transforma o contraditório em pressuposto lógico e jurídico de uma decisão correta. Ademais, a bem da própria dignidade da pessoa humana, não pode o réu estar ao inteiro alvitre da decisão da autoridade estatal; antes, deve poder influenciar de modo efetivo o processo e o seu resultado (*BVerfGE* 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

Reconhecido, porém, como garantia geral do processo, há necessidade de harmonizar o contraditório com outros “princípios decorrentes da coerência material interna da classe processual individualmente considerada” (“[...] *aus der inneren Sachgerechtigkeit der einzelnen Verfahrensart sich ergebenden Grundsätzen abgestimmt werden*”). O tribunal constitucional pontuou, inclusive, que a inserção do princípio do contraditório na *Grundgesetz* (artigo 103, I), deslegitimando abusos em processos judiciais, colimou banir os excessos perpetrados sob o regime nacional-socialista e reconstruir a confiança do povo na administração imparcial da Justiça. Assim, a garantia do contraditório tem *algo* de absoluto — o que não significa, porém, que se possa preterir absolutamente as ponderações cuidadosamente pensadas entre os diversos interesses, a serem observados individualmente em cada tipo de processo, e as limitações ao direito ao contraditório nelas baseadas. Essas ponderações concretas são geralmente feitas pelo *legislador*, no campo das normas-regras processuais, exercitando o seu poder de conformação legislativa e minudenciando o “*modus operandi*” em cada código de processo.

Nesse quadro, as *oitivas prévias* são geralmente necessárias antes das decisões definitivas, como nos decretos judiciais de única ou última instância e nas decisões equiparadas àquelas que concluem processos (como são, em geral, as que podem transitar em julgado materialmente). Mas, por outro lado, as medidas cautelares judiciais — inclusive as processuais penais — que disciplinam estados provisórios ou asseguram interesses públicos ou privados de máxima relevância podem demandar ações imediatas, que não permitam o esclarecimento prévio e exaustivo da matéria e tampouco autorizem uma oitiva prévia do interessado. E é o requisito da *judicialidade* — i.e., a intercessão obrigatória e apriorística da autoridade judicial — que legitima, em tais casos, o ato de constrição judicial com contraditório diferido (v., *supra*, o tópico 14.1, n. III, com GONZALES-CUELLAR SERRANO), especialmente importante em sede de restrições de autoridade à liberdade

pessoal (*ut* artigo 104, 2, da *GG*). Abre-se, pois, exceção ao princípio da audiência prévia, mas somente na medida em que isso for indispensável para não pôr em risco a finalidade da medida cautelar, como — julgou-se — ocorria no caso em testilha.

Em sentido semelhante, em *BVerfGE* 7, 95 (99), decidiu-se pela possibilidade de se instar à desistência da oitiva prévia do investigado, quando essa abstenção fosse necessária para garantir o sucesso das investigações criminais, evitando-se adverti-lo dos procedimentos em curso.

Admitiu-se, pois, o inevitável **diálogo entre o “*substantive due process*” e o “*procedural due process*” no exame dos processos judiciais concretos** (embora sem suficiente elaboração dessa ideia em texto), reforçando todas as nossas constatações anteriores.

IV. Em *BVerfGE* 25, 158, por fim, narra-se caso em que o reclamante respondia por contravenção penal de trânsito em regular processo penal e reclamara constitucionalmente contra decisão do tribunal estadual de *Bremen*, por violação ao direito fundamental ao contraditório (artigo 103, I, da *GG*), porque houvera indeferido liminarmente o seu protesto (“*Einspruch*”) pela devolução do prazo de resposta contra medida penal aplicada pelo juízo de primeiro grau. O *BVerfG* admitiu a reclamação e a julgou procedente, reconhecendo o *direito ao contraditório para decisões judiciais que declaram preclusão* (“*rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen*”), como era o caso.

Entendeu-se, com efeito, que a decisão do tribunal estadual de *Bremen* (07.11.1967) violava o artigo 103, 1, da *GG*, porque a corte não alcançou o significado e o alcance do direito ao contraditório constitucionalmente previsto, violando no particular a garantia de conteúdo essencial (embora não o tenha dito explicitamente). Em hipóteses de contravenções penais (que hoje praticamente já não existem na Alemanha) e outras infrações de menor potencial ofensivo, as deficiências do processo penal sumário são constitucionalmente toleradas porque o contraditório do réu está *eventualmente* assegurado, na medida em que ele pode, por protesto judicial (“*Einspruch*”), provocar uma

audiência principal. Em todo caso, porém, deve-se ter em conta que o artigo 103, 1, da GG “*garante, em face de todos os procedimentos judiciais, independentemente da conformação do procedimento pelos diferentes códigos processuais (BVerfGE 7, 53 [57]), um mínimo de contraditório*”.

Reconhecia-se, outra vez, um **núcleo essencial irredutível** (artigo 19, 2, da GG) para o direito constitucional ao contraditório: as exigências que pendem sobre uma parte processual para fazer valer a garantia do contraditório — i.e., a coleção de *ônus processuais* de que se deve desincumbir para falar eficazmente nos autos — não podem ser exageradas (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]). O tribunal estadual teria ignorado tal mandamento constitucional ao opor, às pretensões de controvérsia processual do reclamante, excessivas exigências de dever de cuidado em relação a uma intimação potencialmente esperada (com base na aplicação subsidiária do artigo 182 da ZPO). Mas quem tem residência fixa e dela se ausenta apenas ligeiramente (caso do reclamante, que se ausentara em férias por três semanas) não estaria obrigado a tomar medidas especiais de precaução tendo em vista possíveis intimações judiciais. O cidadão deve poder contar com a certeza de se ver restabelecido no estágio procedimental anterior, caso durante esse período ele se veja intimado de uma medida penal pelos correios e, por desconhecer a existência dessa intimação substitutiva, venha a perder o prazo para a devida resposta processual.

V. Quanto à garantia do *acesso à justiça* (que consubstancia uma das dimensões do próprio *direito-poder constitucional de ação*), o artigo 19, 4, da GG dispõe que, quando os direitos fundamentais da pessoa forem vulnerados por ato do poder público, a pessoa afetada poderá recorrer à lei, acedendo a tribunais ordinários se não houver uma jurisdição especificamente competente para essas demandas (i.e., a jurisdição administrativa)¹⁶⁶⁷. Isso não afasta, porém, o poder de conformação legislativa quanto às condições e pressupostos de acesso à jurisdição de fundo (e.g., as condições da ação e os pressupostos processuais); mas ainda uma vez se reconhece, como garantia dimanada do texto constitucional, um patamar de acesso relativamente irredutível (pelo recurso à proporcionalidade). Vejamos.

¹⁶⁶⁷ *In verbis*: “(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt”.

Em *BVerfGE* 10, 264, por exemplo, a corte reconheceu a legitimidade constitucional do artigo 24 da lei federal de custas judiciais, que exigia o adiantamento dessas custas em processos administrativos (aplicando-se a pena de deserção em caso de não realização do pagamento antecipado)¹⁶⁶⁸. Para tanto concluir, o tribunal registrou que a importância do artigo 19, 4, da *GG* reside sobretudo no fato de o preceito eliminar a “autocracia” do Poder Executivo na sua relação com os cidadãos, porque nenhum ato executivo que intervenha em direitos das pessoas poderá ficar fora do controle judicial¹⁶⁶⁹. Mas pontuou, em contrapartida, que o acesso ao Poder Judiciário não se encontra ilimitadamente “aberto”, nem tampouco a consagração constitucional da garantia significou que todos os tradicionais princípios de direito processual que dificultam de fato ou juridicamente o acesso aos tribunais estivessem automaticamente revogados. Tais princípios — como o princípio dispositivo e o princípio da sucumbência — existem para garantir a segurança jurídica e o andamento organizado da jurisdição, servindo também, ao menos nesse sentido amplo, à proteção jurídica das pessoas. Daí se concluir que o artigo 19, 4, da *GG* garante a via judicial somente nos limites da respectiva ordem processual vigente, sem prejuízo da observância dos pressupostos formais que a lei impõe, como as condições da ação, o cumprimento de prazos, a devida representação processual, etc. (cf. *BVerfGE* 9, 194 [199 s.]).

O *busilis* sedia-se, pois, na *devido processo substantivo*: há inconstitucionalidade somente se os princípios ou as regras consagradas pela legislação infraconstitucional dificultam o acesso aos tribunais de modo abusivo e racionalmente injustificável, ou — acrescentamos — se malferirem concretamente a garantia de conteúdo essencial do artigo

¹⁶⁶⁸ Em sentido diametralmente oposto (mas para o depósito prévio dos créditos fiscais — i.e., o objeto integral da pretensão exequenda — e não meramente das custas e despesas processuais), o Supremo Tribunal Federal assim pacificou, no Brasil, a questão da amplitude constitucional da garantia de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB): “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário” (Súmula Vinculante n. 28, de 17.02.2010). Tal interpretação tornou-se particularmente relevante para o caso do artigo 38 da Lei n. 6.830/80, que dispunha ao depósito preparatório integral do valor do débito fiscal para o ajuizamento de ação judicial anulatória do ato administrativo declaratório da dívida.

¹⁶⁶⁹ No Brasil, porém, a garantia é ainda mais abrangente — e, logo, mais adequada —, porque não permite que se exclua da apreciação do Poder Judiciário *qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito* (artigo 5º, XXXV, da CRFB), seja ela perpetrada por ato do poder público ou de particulares (ressalvadas as poucas exceções constitucionais, como a do artigo 217, §1º, sobre a justiça desportiva — v., *supra*, a nota n. 1642). Com semelhante abrangência, ademais, veja-se o artigo 20º, 1, da CRP.

19, 4, da GG. Do contrário, não. Assim, refutando a arguição de inconstitucionalidade do artigo 24 da AK, pontificou-se ser “*evidentemente admissível que o Estado cobre custos pelo uso de seus tribunais*”, sendo tampouco questionável, naquele contexto, “*a forma tradicional da assistência judiciária gratuita, mesmo quando sua concessão for submetida a um exame das chances de êxito da demanda*”.

Em BVerfGE 9, 194, em aresto de mesma temática, o BVerfG foi provocado pelo *Oberverwaltungsgericht* de *Rheinland-Pfalz* a se manifestar sobre questão constitucional incidental, nos termos do artigo 100, 1, da GG, por conta da aparente contrariedade entre a “*Rheinland-Pfälzischen Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit*” e a norma do artigo 19, 4, da GG. É que o seu artigo 18, 3, estabelecia uma “alternativa” ao cidadão, que poderia, contra as decisões do *Kreisrechtsausschuss* (comissão distrital), interpor reclamação administrativa perante o *Regierungspräsidenten* ou ajuizar ação perante o tribunal administrativo, sendo certo que uma iniciativa excluiria a outra¹⁶⁷⁰. Haveria, pois, restrição no acesso à jurisdição administrativa, desde que o interessado resolvesse exaurir as instâncias decisórias propriamente administrativas. O BVerfG decidiu, entretanto, que o artigo 18, 3, da lei estadual da Renânia-Palatinado era compatível com o artigo 19, 4, da GG, porque a regra eliminava a “dualidade” de insurgências, prevenindo a insegurança jurídica e uma desnecessária duplicação do uso da máquina estatal. Externou, ademais, uma pulsão hermenêutica de sufragar a “*mens legislatoris*” com a maior fidelidade possível, nos limites da sua compatibilidade constitucional^{1671, 1672}.

¹⁶⁷⁰ *In verbis*: “3. Gegen die Entscheidung des Kreisrechtsausschusses (Stadtrechtsausschusses) nach Abs. 1 und 2 kann wahlweise Verwaltungsbeschwerde an den zuständigen Regierungspräsidenten oder Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben werden. Der eine Rechtsbehelf schließt den andern aus”.

¹⁶⁷¹ “Es kommt nicht darauf an, ob dem subjektiven Willen des Gesetzgebers die weitergehende Auslegung des Oberverwaltungsgerichts eher entsprochen hätte; es liegt hier anders als bei der Entscheidung vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 8, 28), wo der “aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte eindeutig zu folgernde Wille des Gesetzes” für eine verfassungskonforme Auslegung keinen Raum ließ, so daß diese “dem klaren Gesetzeswortlaut einen geradezu entgegengesetzten Sinn” gegeben hätte; vielmehr kann auch hier “von der Absicht des Gesetzgebers das Maximum dessen aufrechterhalten (werden), was nach der Verfassung aufrechterhalten werden konnte”, und es ist unerheblich, ob die Absichten des Gesetzgebers etwa hierüber hinausgingen (a.a.O. S. 33, 34; vgl. auch BVerfGE 2, 266 [282])”.

¹⁶⁷² No Brasil, em sentido contrário (à vista do princípio geral insculpido no artigo 5º, XXXV, da CRFB), a melhor doutrina tem apontado a *inconstitucionalidade* (i.e., a *não-recepção constitucional*) da norma do artigo 38, par. único, da Lei n. 6.830/80, pelo qual “[a] *propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto*”. Cf., por todos, Éderson Garin Porto, *Manual de Execução Fiscal*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, *passim*.

Em *BverfGE* 24, 33, ex-acionistas alemães da empresa “*Algemene Kunstzijde Unie N. V.*” (*AKU*) — sociedade anônima criada com base no direito holandês e com sede nos Países Baixos — reclamaram contra os tratados internacionais firmados entre os governos alemão-ocidental e holandês a respeito da recuperação de ações desapropriadas (como a dos reclamantes junto à *AKU*, que haviam sido desapropriadas durante a Segunda Guerra Mundial por um decreto holandês de 20.10.1944 sobre o “patrimônio inimigo”). Debateu-se, no *BVerfG*, o sentido e o alcance da expressão “poder público” (“*öffentlichen Gewalt*”) no artigo 19, 4, da *GG*, para afinal se entender que “[o] *Poder Legislativo não faz parte do ‘poder público’ no sentido do artigo 19, 4, da Lei Fundamental*” (“*Die Gesetzgebung gehört nicht zur ‘öffentlichen Gewalt’ im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG*”). De fato, até a entrada em vigor da *Grundgesetz* (23.05.1949), tinha-se por certo, à luz da tradição constitucional alemã, que o cidadão não podia recorrer diretamente ao Judiciário contra uma lei, deduzindo-se esse impedimento da separação harmônica entre os poderes públicos (v., *supra*, o tópico 13.1). E, na *AKU-Beschluß*, concluiu-se que, se a *Grundgesetz* houvesse pretendido quebrar essa tradição e introduzir a possibilidade de o cidadão insurgir-se diretamente contra uma lei votada pelo parlamento em razão de lesão a seus direitos, ela o teria expressado de maneira textual e inequívoca. Evocou-se, ademais, o artigo 20, 3, e o artigo 97, 1, da *GG*, pelos quais a *lei* é o fundamento da decisão judicial; logo, se devesse ser excepcionalmente seu objeto, essa condição excepcional deveria estar expressamente referida, o que não se verifica no artigo 19, 4.

Por outro lado, entendeu-se que o exame jurisdicional-constitucional de leis em face de sua constitucionalidade é disciplinado pela *Grundgesetz* sobretudo nos artigos 93, 1, n. 2, e 100, 1, da *GG*, sendo *exaurientes* para a matéria, a despeito da garantia da via judicial *ex* artigo 19, 4, instrumentada para a proteção de direitos individuais. Não se poderia admitir que, ao lado do exame jurisdicional-constitucional das leis em sede de controle abstrato de normas (incumbido ao próprio *BVerfG*), qualquer cidadão pudesse recorrer à Justiça comum para obter a revogação de uma lei que supostamente lhe afrontasse os direitos (mesmo se fundamentais). E, de resto, não se poderia extrair do artigo 19, 4, o poder de qualquer cidadão provocar decisão de tribunal comum com efeito “*erga omnes*” sobre a validade de uma lei, como era possível anteriormente, no processo de ação popular

previsto pelo artigo 98, 4, da Constituição da Baviera de 1946 (que inclusive já estava em vigor durante os trabalhos da “*Parlamentarischer Rat*” para a nova Constituição alemã). Adotou-se neste julgado, portanto, um entendimento mais conservador sobre a amplitude dos poderes dos tribunais na tutela processual concreta de direitos fundamentais da pessoa humana¹⁶⁷³.

Alfim, em *BVerfGE* 35, 382, o tribunal constitucional alemão compreendeu que o poder discricionário da Administração Pública, ainda quando exercido sob expressas balizas legais, não poderia jamais desnaturar a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Tratava-se de reclamação constitucional apresentada por dois estudantes árabes que se insurgiam contra a não concessão de efeito suspensivo nos recursos interpostos perante a Justiça administrativa (artigo 80 do Código de Justiça Administrativa alemão — *Verwaltungsgerichtsordnung*), atacando decisão anterior que determinava as respectivas extradições (*Ausländerausweisungen*), como consequência das medidas administrativas tomadas pelo governo da Alemanha ocidental em relação a árabes e organizações palestinas após o atentado praticado contra a equipe olímpica israelense em Munique, nos dias 4 e 5 de setembro de 1972.

Indeferidos os pedidos de asilo — e negados efeitos suspensivos aos competentes recursos — o resultado seria a *imediata execução* das ordens de extradição exaradas pela autoridade administrativa. O *BVerfG* declarou constitucional o dispositivo atacado (artigo 10, 1, n. 11, da *Ausländergesetz* em vigor), mas julgou que o ato discricionário da Administração, confirmado pela Justiça administrativa sem suspensão de efeitos imediatos, feria o direito fundamental de acesso ao Judiciário (artigo 19, 4, da *GG*), mesmo porque “[a] *proteção jurídica outorgada no artigo 19, 4, da Lei Fundamental é válida, em toda*

¹⁶⁷³ No caso brasileiro, conquanto o controle abstrato de constitucionalidade só possa ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da exclusiva iniciativa das pessoas elencadas no artigo 103 da CRFB, alguma doutrina que, por meio de outros mecanismos judiciais (como p.ex. as *ações civis públicas* da Lei n. 7.347/85), os interessados possam alcançar efeitos muito semelhantes. Cf., e.g., Marcus Orione Gonçalves Correia, *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*, São Paulo, LTr, 2002, pp.125-126; e, de nossa lavra, “*Tutela processual...*”, cit., passim. In verbis: “as *ações civis públicas e coletivas também admitem, em tese, controle difuso de constitucionalidade na base de dispositivos com efeitos "erga omnes" (artigo 16 da Lei 7.347/85) ou "ultra partes" (artigo 91 do CDC c.c. artigo 21 da Lei 7.347/85), a depender do interesse tutelado (o que os aproxima, em alguma medida, dos efeitos dimanados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que é privativo do Supremo Tribunal Federal)*”.

sua extensão, também para estrangeiros”; e, por outro lado, os pré-requisitos para a configuração do necessário interesse público na execução imediata das medidas de extradição não deveriam, à mercê da garantia de proteção jurídica da GG, ser menos intensos que os pré-requisitos para a configuração da motivação da extradição em si mesma: “[p]elo contrário, deve haver um interesse público específico justamente na execução imediata”. A corte propôs, de conseguinte, que os contextos factuais concretos em que se confrontam o interesse público primário ou secundário na imediata extradição de estrangeiros, por um lado, e a garantia de acesso à justiça (reservada a qualquer *pessoa*, não apenas aos cidadãos alemães), por outro, haveria de se decidir concretamente por um juízo de **proporcionalidade**, a abranger toda a gama de interesses relevantes imbricados, públicos e privados:

“[q]uando da devida ponderação entre o interesse público na imediata execução e o interesse particular do estrangeiro no prosseguimento de sua estadia no país, há de se considerar também que a imediata execução de uma medida de extradição pode impedir que o estrangeiro prossiga na defesa de sua pretensão jurídica em processo principal”¹⁶⁷⁴.

Isso significava, no caso concreto, **(a)** tratar com prioridade, celeridade e absoluta diligência os processos em que pendessem ordens de pronta extradição, sob pena de, por intolerável demora (como era o caso), “*uma ordem a princípio justificada de execução imediata [...] tornar-se inconstitucional*” (“[a]ndernfalls kann auch eine zunächst gerechtfertigte Anordnung der sofortigen Vollziehung verfassungswidrig werden”); **(b)** sopesar na balança da ponderação concreta, na contramão do interesse público pela extradição e densificando a garantia de acesso à justiça, também os interesses do cônjuge alemão de um dos extraditandos (*ut* artigo 6º, 1, c.c. artigo 3º, 2, da GG). Especificamente sobre a garantia de acesso à justiça — que deve ser *efetiva* e não meramente formal (“*eines effektiven — nicht nur formalen — Rechtsschutzes*”) — e os direitos de defesa dos extraditandos (em especial o “*rechtliches Gehör*” em acepção estritíssima), registrou-se ainda que

¹⁶⁷⁴ *In verbis*: “Bei der gebotenen Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung und dem privaten Interesse des Ausländers an weiterem Aufenthalt im Inland ist auch zur berücksichtigen, daß die sofortige Vollziehung einer Ausweisungsverfügung den Ausländer in seiner Rechtsverfolgung im Hauptsacheverfahren behindern kann”.

“a execução imediata de uma ordem de extradição prejudica o estrangeiro, nos casos da espécie ora apresentada, em seu direito de defesa, especialmente quando o impede, no processo principal, de exercer seu direito processual ao depoimento pessoal perante o tribunal administrativo”¹⁶⁷⁵.

VI. Quanto à *garantia do juiz natural*, merece primeira referência o caso registrado em *BVerfGE* 4, 412, a propósito de réu condenado a pena privativa de liberdade por coautoria em crime de estelionato. A decisão condenatória da 1ª câmara criminal do tribunal estadual de Munique foi prolatada em audiência designada por juiz incompetente em razão da matéria (que todavia não a presidiu, nem dela participou). O *BVerfG* admitiu a reclamação constitucional e a julgou procedente, por vislumbrar violação ao artigo 101, 1, n. 2, da *GG* (pelo qual “*ninguém pode ser privado de seu juiz legal*”¹⁶⁷⁶); não se poderia, com efeito, excluir a possibilidade de que, nos teores da decisão tomada em sessão pública, o juiz absolutamente incompetente — apenas por ter designado a audiência — houvesse de algum modo exercido influência espúria. Tratava-se, pois, de vício processual que terminava contaminando a constitucionalidade da decisão judicial terminativa, porque, a uma, o “*artigo 101, 1, n. 2, da Lei Fundamental não vale somente para o juiz titular do feito* [aquele que prolata a decisão], *mas também para o juiz que fixa a audiência*”¹⁶⁷⁷; e, a duas, porque o “*artigo 101, 1, n. 2, da Lei Fundamental será também violado quando um juiz presidente de câmara impedido influenciar de maneira determinante, pelo uso de sua autoridade, a fixação da audiência*”¹⁶⁷⁸. Considerou, afinal, que uma decisão judicial está viciada pelo ato que fixou a respectiva audiência se nela estiver “baseada” (“*beruht*”), com violação formal da garantia do juiz natural (artigo 101, 1, n. 2, da *GG*), a despeito de seus conteúdos; e que estará assim “baseada”, com efeitos de contaminação constitucional, se concretamente não for possível excluir a possibilidade de que o órgão julgador — turma,

¹⁶⁷⁵ In verbis: “[...]der sofortige Vollzug einer Ausweisungsverfügung den Ausländer in Fällen der vorliegenden Art in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt, besonders ihn daran hindert, im Hauptsacheverfahren seine prozessualen Rechte in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht persönlich wahrzunehmen”.

¹⁶⁷⁶ In verbis: “Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden”.

¹⁶⁷⁷ In verbis: “Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gilt nicht nur für den erkennenden Richter, sondern auch für den Richter, der Termin zur Hauptverhandlung anberaumt”.

¹⁶⁷⁸ In verbis: “Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist auch dann verletzt, wenn ein ausgeschlossener Kammervorsitzender durch seine Autorität die Terminsanberaumung eines anderen Richters maßgeblich beeinflusst”.

câmara ou afim — tivesse outra composição (e, portanto, pudesse decidir de modo diverso) se a audiência houvesse sido designada para outra data.

Especificamente sobre a garantia do juiz natural, consignou-se (na tradução de HENNIG *et al.*):

“O mandamento ‘ninguém será privado de seu juiz natural’, bem como ocorre com a garantia da independência dos órgãos judiciários, deve impedir intervenções de órgãos incompetentes na administração da justiça e **protege a confiança dos postulantes e da sociedade na imparcialidade e objetividade dos tribunais**: a proibição dos tribunais de exceção, historicamente vinculada a isso, tem a função de atuar contra o desrespeito sutil a esse mandamento. Como esses dispositivos em sua essência concretizam o princípio do Estado de direito no âmbito da constituição [...] judiciária, elas já foram introduzidas na maioria das Constituições estaduais alemãs do século XIX, dando-lhes, assim, a dignidade de norma constitucional. O Art. 105 da Constituição de Weimar deu prosseguimento a esse legado. À medida que os princípios do Estado de direito e separação dos poderes se foram aprimorando, também as prescrições relativas ao juiz natural foram sendo aperfeiçoadas. A lei de organização judiciária, os códigos de processo e os planos de distribuição das causas [...] dos tribunais determinavam sua competência territorial e material, [...] a distribuição das causas, bem como a composição dos departamentos individualizados, câmaras e senados. Se originalmente a determinação “ninguém será privado do seu juiz natural” era dirigida sobretudo para fora, principalmente contra qualquer tipo de “justiça de exceção” (*Kabinettsjustiz*), hoje seu alcance de proteção estendeu-se também à garantia de que ninguém poderá ser privado do juiz legalmente previsto para sua causa por medidas tomadas dentro da organização judiciária.

“Isso, porém, **não significa que o Art. 101 I 2 GG restará sempre violado toda vez que um outro, que não o ‘juiz natural’, atuar**. Se uma medida tomada por um juiz que produza um tal efeito se basear em um erro processual (*error in procedendo*), o Art. 101 I 2 GG não restará violado (*BVerfGE* 3, 359 [364]). Não cabe aqui delimitar ‘erro processual’ de ‘privação do juiz natural’, [...] pois em todo caso um erro processual já estará, por definição, excluído quando se tratar de atuação de pessoa ou órgão exterior aos tribunais. Nada diferente pode valer para as pessoas de dentro da organização judiciária que, em geral ou em uma determinada matéria – por

exemplo juiz impedido – não poderiam exercer funções jurisdicionais”¹⁶⁷⁹.

Extraí-se do julgado, dessarte, que a simples intervenção processual de juiz absolutamente incompetente, se não é idônea a determinar os rumos da decisão ou a nela influir de modo relevante, perfaz mero “*error in procedendo*” e não viola a garantia constitucional do juiz natural. Revela-se aqui, pois, a sua dimensão principiológica de “*Optimierungsgebot*”, passível de (in)satisfação em graus variados (e, portanto, da virtual incolumidade quando afetada em graus insignificantes — o que amiúde remeterá o intérprete ao próprio princípio da proporcionalidade¹⁶⁸⁰).

VII. Também sobre a garantia do juiz natural versa o aresto registrado em *BVerfGE* 42, 237. O Superior Tribunal Estadual de *Köln* havia divergido, em sua interpretação, da jurisprudência do *BGH* acerca de um dispositivo penal do *StGB* sobre dosagem de penas privativas de liberdade. No entanto, o tipo especial de divergência (contra a uniformização de interpretação da lei federal) impunha ao tribunal estadual o “*Vorlagepflicht*”, i.e., o dever processual de *apresentar a matéria* ao tribunal federal (*BGH*), nos termos do artigo 121, 2, da *GVG*¹⁶⁸¹, o que não fora observado pelo tribunal de *Köln*. Em razão disso, o réu no processo-crime ajuizou reclamação constitucional contra a decisão da corte de Colônia, esgrimindo os direitos fundamentais decorrentes dos artigos 1º, 2º, 3º, 19 e 33 da *GG*. O *BVerfG* admitiu a reclamação constitucional, mas com base em uma violação não arguida (a demonstrar, doravante, o caráter *objetivo* desse instrumento de controle de constitucionalidade¹⁶⁸²): a vulneração ao princípio do juiz natural, revogando-se a decisão

¹⁶⁷⁹ Schwabe, *Cinquenta anos...*, pp.900-901 (g.n.).

¹⁶⁸⁰ Nesse sentido, quanto a testes de DNA, lesões corporais insignificantes e princípio da proporcionalidade, v. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópico 3.2; Paula Costa e Silva, “*A realização coercitiva...*”, *passim* (sem recorrer, contudo, à proporcionalidade); e nota n. 1351, *supra*.

¹⁶⁸¹ *In verbis*: “(2) Will ein Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung 1. nach Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a oder Buchstabe b von einer nach dem 1. April 1950 ergangenen Entscheidung, 2. nach Absatz 1 Nummer 3 von einer nach dem 1. Januar 1977 ergangenen Entscheidung oder 3. nach Absatz 1 Nummer 2 über die Erledigung einer Maßregel der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus oder über die Zulässigkeit ihrer weiteren Vollstreckung von einer nach dem 1. Januar 2010 ergangenen Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes oder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes abweichen, so **hat es die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen**” (g.n.).

¹⁶⁸² O julgado registrou, com efeito, que “[o] exame com o parâmetro deste dispositivo não é vedado ao Tribunal Constitucional Federal porque o reclamante não alegou uma violação do princípio do juiz natural, pois, no âmbito de uma Reclamação Constitucional ajuizada com observância dos seus pressupostos processuais [...], o Tribunal Constitucional Federal pode examinar também violações daqueles dispositivos constitucionais que não foram apontados [n]a petição da Reclamação” (Schwabe, *Cinquenta anos...*, p.904).

do *Oberlandesgericht* de Köln e devolvendo-se-lhe os autos para nova decisão, restrita à parte do dispositivo que dosava a pena privativa.

Na decisão, consignou-se que “[o] *Superior Tribunal Estadual* privou o reclamante de seu juiz natural pelo fato de não submeter a causa ao *Tribunal Federal*, apesar de ter divergido de uma decisão desse tribunal (§ 121 II GVG)”, aduzindo haver violação à garantia do juiz natural sempre que um tribunal ignorar arbitrariamente o dever de apresentação da matéria a outro tribunal (“*Vorlagepflicht*”). Na perspectiva do *BverfG*, o tribunal superior de Colônia tinha apenas duas alternativas: ou seguir o entendimento jurídico antes pacificado no tribunal federal e reformar a decisão impugnada quanto ao dispositivo da dosagem de pena, ou então – se pretendia fazer valer entendimento jurídico divergente – submeter novamente a matéria ao *BGH*. No mesmo sentido, ademais, elencou-se farta jurisprudência: *BVerfGE* 3, 359 (363); 9, 213 (215 e ss.); 13, 132 (143); 17, 99 (104); 18, 441 (447); 19, 38 (43); 22, 254 (266); 23, 288 (319); 29, 166 (172 e ss.); 29, 198 (207); 31, 145 (169, 1761 e ss.).

Por extensão, pode-se reconhecer o mesmo vício — violação à garantia do juiz natural — quando certa decisão não é sufragada pelos órgãos internos do tribunal a tanto competentes; no Brasil, p.ex., será assim em relação às decisões parciais de tribunais que decidam incidentalmente sobre a inconstitucionalidade de normas (controle difuso), expressa ou implicitamente, sem submeter a questão ao respectivo órgão pleno, à mercê da chamada “reserva de plenário” (artigo 97 da CRFB e SV n. 10¹⁶⁸³).

VIII. Em todos os arestos reportados, ainda que de modo não explícito ou por mecanismos laterais, esteve sempre latente a imbricação inexorável entre o devido processo formal e o devido processo substantivo (como de resto verificamos dar-se também no sentido oposto, quando examinamos o “*substantive due process*” nos vários tópicos do

¹⁶⁸³ O artigo 97 da CRFB dispõe que “[s]omente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. A SV n. 28 (STF), por sua vez, dita: “**Violação da Cláusula de Reserva de Plenário - Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal - Declaração da Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público.** Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

§15º). É relevante, neste ponto da pesquisa, verificar que essa interconectividade está presente inclusive na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que não tem tradição alguma no manejo do devido processo substantivo como conceito autônomo ou como noção antagonizada à de devido processo formal (“*fairen Verfahren*”). Um tal quadro insinua, até mesmo por lógica intuitiva, que as conexões internas entre aquelas duas dimensões do “processo jurídico” de interpretação/aplicação das fontes — que relevam no aspecto material (pelo ponderação regrada, limitada e sistemática de interesses) e no aspecto procedimental (pelo “*medium*” processo/procedimento) — são inextrincáveis e indispensáveis à compreensão dos fenômenos processo-procedimentais, mesmo nas ambiências culturais que *não lidam* com a dicotomia anglo-saxônica do devido processo.

Realidade inextrincável que, afinal de contas, o próprio *BVerfG* termina consagrando, nas considerações sobre a funcionalidade do “*Recht auf gerichtliche Verfahren*”, como quando asserta — em *BVerfGE* 42, 64 (73) — que

“[t]udo isso [sobre a necessidade de a medida jurídica ser proporcional à situação de fato] se aplica não só à interpretação e à aplicação do direito material, **aplica-se também ao tratamento do direito processual**. O direito processual serve à **produção de decisões que sejam conformes à lei** e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, **no marco dessa correção, sejam justas**. Considera-se, portanto, abrir-se ao juiz, no interesse do respectivo objeto processual, [a conformação de] o procedimento adequado, em um largo espectro de discricionariedade e apreciação sobre a gestão, a promoção e o desfecho do curso do processo. O artigo 139 do Código de Processo Civil [dever de cooperação e de esclarecimento do juiz — v., *supra*, o § 17º, n. V] é apenas um exemplo entre muitos. Além disso, a interpretação e a aplicação da lei podem — se forem arbitrárias — violar o artigo 3º, 1, da Lei Fundamental” (g.n.)^{1684, 1685}.

¹⁶⁸⁴ In verbis: “Alles das gilt nicht nur bei der Auslegung und Anwendung materiellen Rechts; es gilt auch für die Handhabung des Verfahrensrechts. Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen. Es hält daher dem Richter im Interesse einer dem jeweiligen Verfahrensgegenstand angemessenen Prozedur in weiten Bereichen Ermessens- und Beurteilungsspielräume zur Leitung, Förderung und Ausgestaltung des Verfahrensganges offen. § 139 ZPO ist dafür nur ein Beispiel unter mehreren. Auch die Auslegung und Anwendung von Verfahrensrecht kann — wenn sie willkürlich gehandhabt wird — gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen (vgl. *BVerfGE* 34, 325 [331])”. O artigo 3º, 1, da GG positiva o princípio da igualdade formal (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”). Discutia-se concretamente a nulidade de um processo de divisão de bens entre cônjuges, ante a alegação de que o órgão jurisdicional, ao tempo da

E, de modo ainda mais significativo, na ementa original (sobre um específico aspecto do devido processo formal, que é o dever de imparcialidade judicial, mas com todas as conexões necessárias):

“2. Die richterliche Unparteilichkeit ist kein wertfreies Prinzip, sondern an den Grundwerten der Verfassung orientiert, insbesondere am Gebot sachgerechter Entscheidung im Rahmen der Gesetze unter dem Blickpunkt materialer Gerechtigkeit”¹⁶⁸⁶ (g.n.).

A ilação pode — e *deve* — ser universalizada. Nenhum dos princípios-garantias do devido processo formal é meramente “formal” ou vazio de valor. Antes, destinam-se eles — e, no campo da interpretação/aplicação, *devem* destinar-se — a assegurar decisões judiciais permanentemente focadas na geração de conteúdos suficientes de *justiça material* (o que importa, a todo momento, sopesar as regras e medidas formais com a grandeza e a circunstância dos interesses materiais — notadamente os jusfundamentais — direta ou indiretamente em jogo no processo/procedimento).

20.3. “PROCEDURAL DUE PROCESS” NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PORTUGAL)

I. As garantias processuais formais do direito português situam-se essencialmente nos artigos 20º (garantias gerais) e 32º (garantias processuais penais) da Constituição da República de 1976. Os direitos de audiência e defesa são estendidos, outrossim, a todos os

adjudicação dos bens, teria se havido mal com o dever do artigo 139 da ZPO, deixando de subministrar a uma das partes informações relevantes para o desfecho da lide. O BVerfG entendeu, afinal, ter realmente havido malferimento ao princípio do artigo 3º, 1, da GG, mas não à norma-garantia do artigo 103, 1, da GG (“*rechtliches Gehör*” em sentido amplo, como “*Recht auf ein faires Verfahren*”); votou em separado o juiz GEIGER, que entendia ter havido *também* vulneração a essa última garantia.

¹⁶⁸⁵ Parte deste excerto está também em ALEXY (*Theorie...*, p.444). Entre os espanhóis (por GARZÓN VALDÉS), “*Verfahrensrecht*” foi exatamente traduzido como “*derecho procesal*” (Robert Alexy, *Teoría...*, p.472), enquanto no Brasil VIRGÍLIO optou por traduzir como “*direito procedimental*” (Robert Alexy, *Teoria...*, p.488), o que não nos parece exato nesta passagem.

¹⁶⁸⁶ BVerfGE 42, 64 (65).

processos de contraordenação (= infrações administrativas de maior gravidade), como de resto a quaisquer processos de natureza sancionatória (artigo 32º, 10). Há, ainda, referência à garantia do processo justo e equitativo para extraditados portugueses “*nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada*” (artigo 33º, 3) — garantia a ser observada pelo Estado requisitante, como condição para a extradição — e também para trabalhadores da função pública em processos disciplinares (direito de “*audiência e defesa*” — artigo 269º, 3). Reza o artigo 20º (sobre o “[a]cesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”):

“1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

“2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

“3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

“4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

“5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

Todas essas garantias têm curso frequente na jurisprudência portuguesa, e muito particularmente nos julgados do Tribunal Constitucional. Vejamos.

II. O *acesso ao direito* (i.e., o acesso à ordem jurídica justa e aos bens materiais e espirituais que dela decorrem) inaugura o texto do artigo 20º, seguido de seus naturais consectários de implementação: o *acesso aos tribunais* (artigo 20º, 1) e o *acesso à informação e consulta jurídica* (artigo 20º, 2), sem o que o exercício dos direitos materiais não se realiza ou tende a não se realizar. Sobre essa tríade primária, manifestou-se o Tribunal Constitucional no sentido de que até mesmo o direito de acesso à informação e à consulta jurídica, embora delegado à esfera de conformação do legislador (“*nos termos da*

lei”), é ainda assim uma *garantia*, o que remete à discussão do *conteúdo essencial* do direito-garantia ao processo equitativo (cf., *supra*, tópico 12.2 e o §19º, n. II, ref. Casos *Lüdi* e *Mantovanelli*): o legislador não poderia modulá-lo de modo restritivo a ponto de significar, na prática, uma “opção” generalizada pela desinformação e pela desistência. Na dicção do Ac. n. 661/1994 (Cons. BRAVO SERRA),

“[h]á [...] que incidir a atenção sobre a questão de saber se a interpretação normativa em questão vai, acentuada ou intoleravelmente, inviabilizar ou, ao menos, tornar na prática de extrema dificuldade, o direito de informação e consulta jurídicas.

“Deverá, desde logo, anotar-se que o direito consagrado no n.º 2 do artigo 20.º da Lei Fundamental não está por esta delimitado, visto que a respectiva concretização é remetida para a lei ordinária. Todavia, sob pena de esse direito não passar de “*um direito fundamental formal*” sem um mínimo de substância (para utilizar as expressões empregues por Gomes Canotilho e Vital Moreira na obra e local citados), **torna-se imprescindível que a lei preveja, efectivamente, mecanismos que assegurem a possibilidade de recurso em termos não demasiado onerosos aos serviços prestadores de informação e patrocínio jurídicos.**

“Se esses mecanismos não existirem ou se a lei que dispõe sobre aquela possibilidade de recurso condicionar o acesso à informação e patrocínio jurídicos mediante o estabelecimento de condicionalismos que vão demandar pesados encargos — económicos ou de diferente natureza —, condicionalismos que, perante a sua existência, vão, na prática, tornar por demais difícil a efectivação do dito acesso, então **a lei que assim dispuser irá tornar desprovido de conteúdo o aludido direito constitucionalmente consagrado.**

“Mas, se isto é certo, menos não é que, ao efectuar a Constituição uma remissão para a lei ordinária no respeitante à delimitação e definição das condições de concretização do direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário, não veda que, respeitado o limite acima indicado, essa lei não estabeleça os condicionalismos pressupositores da exercitação daquele direito.

“Pelo que exposto ficou, poderá afirmar-se que é legítimo ao legislador ordinário, **observado que seja o mencionado limite** [= “*Wesensgehaltgarantie*”], impor determinados requisitos e sem cuja observância se

impede livremente o acesso, *verbi gratia*, à obtenção de certidões de processos criminais já findos, vista essa obtenção como uma forma de informação ou consulta jurídicas” (g. n.).

O julgado permite uma curiosa reflexão, a corroborar uma vez mais a ideia de que “*substantive due process*” e “*procedural due process*” amalgamam-se e confundem-se indissociavelmente: garantias processuais, como o acesso aos tribunais e à informação ou à assistência jurídica, que servem à tutela de direitos substantivos, encontram na jurisprudência lusitana um padrão de autodefesa — em face ao próprio poder de conformação legislativa — que retorna à ideia mesma de um “*minimum minimorum*” jusfundamental substantivamente garantido (= “*substantive due process*”: ninguém será privado do *conteúdo essencial* de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou *dos demais direitos fundamentais que dimanam destes* — *supra*, tópico 12.2, n.IV).

Na mesma linha, ademais, o direito ao patrocínio forense por advogados, que a CRP adiante reputa como “elemento essencial à administração da justiça” (artigo 208º — coincidindo, nessa parte, com o artigo 133, 1ª parte, da CRFB), foi reconhecido pelo TC como elemento essencial *da própria garantia constitucional do acesso ao direito e aos tribunais* (Ac. TC n. 661/1994; Ac. TC n. 106/2004). E, para mais, tais direitos não se restringem ao cidadão português; antes, estendem-se também a estrangeiros e apátridas, à vista do princípio geral de equiparação do artigo 15º, 1. Assim, foram julgadas inconstitucionais normas que negavam ao estrangeiro peticionário de asilo político o direito de patrocínio judiciário gratuito para impugnar contenciosamente ato administrativo de recusa do Estado português (Ac. TC n. 216/1995; Ac. TC n. 962/1996 — ambos relativos ao artigo 7º, 2, do DL n. 387-B/1987 e ao artigo 1º, 1 e 2, do DL n. 391/1988); ou, ainda, norma que recusava a concessão de patrocínio judiciário gratuito para o ajuizamento de ação laboral em favor de trabalhador estrangeiro, hipossuficiente econômico, que não dispunha de autorização válida de residência, mas residia e trabalhava efetivamente em Portugal (Ac. TC n. 208/2004 — tratava-se de cidadã brasileira). Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁶⁸⁷, ante a compatibilidade ontológica (seguindo a tendência do *BVerfG* — tópico 16.2, n. IV, *supra*), o direito à proteção jurídica estende-se até mesmo às pessoas

¹⁶⁸⁷ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.185.

jurídicas, “*si et quando*” hipossuficientes ou incapazes de fazer frente às despesas processuais e de patrocínio sem se inviabilizar (com respaldo no Ac. TC n. 106/2004¹⁶⁸⁸ e, a nosso ver, com inteiro acerto). Tudo a demonstrar, afinal, que tais direitos-garantias têm *vocação universal*, sendo inerentes à condição de *pessoa humana* (ou, num sentido mais geral, à mera condição de *pessoa*), abstraindo-se nacionalidades e cidadanias. É a mesma tendência que verificávamos acima, no caso *Hamdan v. Rumsfeld* (tópico 20.1, n. VI), em que a *U.S. Supreme Court* reconheceu direitos processuais mínimos a um cidadão iemenita cooptado pela *Al-Qaeda*. Caminhar em direção oposta é renunciar à civilização.

III. De outra parte, em matéria de contraditório e ampla defesa, o TC tem decidido que:

(a) a paridade de armas impõe um equilíbrio razoável entre as partes adversas, não uma identidade formal absoluta de meios (donde não haver qualquer inconstitucionalidade nos prazos que a lei prevê para a contestação ou defesa do réu, bem reduzidos se comparados ao prazo que o autor dispõe para propor a ação ou iniciar o procedimento — Ac. TC n. 86/1988, Ac. TC n. 255/2001);

(b) mesmo em procedimentos não judiciais, quando desembocados em litígios judiciais, impende assegurar-se ao interessado a plenitude do contraditório, antes de qualquer preterição (Ac. TC n. 582/2000 — tratava-se de decisão administrativa do Conselho Diretivo do Centro Regional de Segurança Social do Centro de Leiria, indeferindo a candidatura a adotante da interessada, que a atacou por mandado de segurança; no entanto, o tribunal judicial de Leiria rejeitou de plano a segurança, bastando-se com o parecer desfavorável do Ministério Público, sem nem ao menos

¹⁶⁸⁸ Pelo qual a “*exclusão de plano [na interpretação do artigo 7º, 5, do DL n. 387-B/87] do direito ao patrocínio judiciário gratuito, para uma categoria de sujeitos definida em abstracto, e sem lhes possibilitar a referida prova de que os custos são consideravelmente superiores às possibilidades económicas e de que a acção é alheia à sua actividade económica normal, não pode deixar de ter como resultado que, quanto às entidades em causa, a justiça possa vir a ser “denegada por insuficiência de meios económicos” (como, aliás, não deixa de admitir-se quando se afirma que a alternativa ao pleito poderá ser a insolvência)*”.

ouvir a impetrante, ao argumento de que não se tratava de um “processo de partes”) ¹⁶⁸⁹;

(c) o direito à prova não é ilimitado, de modo que não é direito absoluto das partes produzir todas as provas admitidas em direito em qualquer tipo de processo, independentemente do objeto e das circunstâncias do litígio; ao revés, o direito de prova pode ser modulado pelo legislador — e, a nosso ver, pela própria autoridade judiciária —, desde que criteriosamente, i.e., de modo não arbitrário e proporcional, conforme as necessidades do caso (v. Ac. TC n. 209/1995; Ac. TC n. 604/1995 ¹⁶⁹⁰);

(d) o contraditório e a ampla defesa asseguram o *direito de vista* dos autos, que só pode ser restringido pelo legislador ou pela administração judiciária de modo razoável e comedido, sob determinados pressupostos objetivos, sem caracterizar óbice relevante ao exercício dos direitos de defesa (Ac. TC n. 204/1995);

¹⁶⁸⁹ No Brasil, a propósito, com abrangência ainda maior, veja-se o artigo 5º, LV, da CRFB (assegurando o contraditório aos “*litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*”).

¹⁶⁹⁰ Do Ac. TC n. 604/1995 (rel. Cons. LUÍS NUNES DE ALMEIDA), *in verbis*: “O artigo 73.º do Código das Expropriações de 1976 [DL n. 845/1976] dispõe sobre o recurso da decisão arbitral proferida na fase administrativa do processo de expropriação. Segundo o n.º 1 deste artigo, “no requerimento de interposição do recurso, o recorrente exporá logo as razões da discordância com a decisão arbitral, oferecendo todos os documentos, requerendo as demais provas e designando o seu perito”. E o n.º 2 estabelece o seguinte: “Não é admissível a prova testemunhal, sem prejuízo de o juiz poder requisitar qualquer pessoa para depor, sempre que o reputar indispensável”. [...] Segundo os recorrentes, esta “inadmissibilidade da prova testemunhal em processo expropriativo é uma restrição ou proibição inconstitucional, na medida em que se opõe aos artigos 62.º, n.º 2, e 13.º da Lei Fundamental e ao artigo 82.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 845/76 que se refere a diligências de prova, no plural e não no singular”. Violará também os artigos 12.º, n.º 1, 18.º, 20.º, n.º 1, 205.º, n.º 2, e 207.º da Constituição. [...] É preciso observar que aquela disposição não veda de todo a possibilidade de produção de prova testemunhal. **Confere ao juiz a possibilidade de ouvir qualquer depoimento, sempre que o considerar necessário. Apenas impede que esse depoimento seja obrigatoriamente produzido sempre que as partes lho requeiram.** Como se refere no acórdão recorrido, “a razão de ser do princípio insito no n.º 2 do artigo 73.º reside no facto de a avaliação ser o tipo de prova mais indicado para determinação do valor dos bens a expropriar, uma vez que a expropriação implica e exige a posse e capacidade de manejo de conhecimentos especiais que, em regra, não se encontram ao alcance do comum das pessoas [...]” (g.n.). Esse poder de concretização/modulação do princípio da ampla defesa e do direito à prova que o legislador ordinário possui, exercita-o também o próprio juiz, como se vê (ainda que mais limitadamente), no âmbito das circunstâncias e das necessidades verificadas concretamente em cada processo. No Brasil, discorremos a respeito, cotejando com o caso português, em *Direito à prova..., passim*. Veja-se ainda, adiante, o tópico 20.4, n. III; e, na jurisprudência brasileira, o HC n. (STF, rel. Min. ILMAR GALVÃO, in DJ 12.06.1998).

(e) o princípio do contraditório leva à *proibição de indefesa*, que já mereceu diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, relativizando ou modulando certas soluções normativas do legislador ordinário¹⁶⁹¹:

(e.1-) a condenação da parte como litigante de má-fé, ou a aplicação de sanção processual ao mandatário pela mora na devolução dos autos em secretaria, pressupõe a *prévia manifestação* do sujeito processual em falta, para fins de esclarecimento e defesa prévia (Ac. TC n. 440/1994, Ac. TC n. 357/1998, Ac. TC n. 362/2004, Ac. TC n. 289/2002¹⁶⁹²);

(e.2) a condenação “*extra vel ultra petitem*”, admitida em alguns procedimentos (nomeadamente o artigo 74º do CPT), só é constitucionalmente admitida após a prévia notificação dos interessados, para que possam alegar o que convier sobre a matéria nova ou estendida que será objeto do julgado (Ac. TC n. 605/1995¹⁶⁹³);

¹⁶⁹¹ Cf. Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, pp.195-196.

¹⁶⁹² O último aresto desenvolve argumentos tanto pela via da proporcionalidade (“*não pode restringir desproporcionalmente*”) como pela via da garantia de conteúdo essencial (“*ou mesmo anular*”), para afinal concluir por uma interpretação conforme (“*verfassungskonformen Auslegung*”), como faziam os dois primeiros (acórdãos ns. 357/1998 e 440/1994), invocados e consolidados neste último. *In verbis*: “[n]ão se vê razões para inflectir a jurisprudência do Tribunal Constitucional firmada quer no acórdão-fundamento (nº 357/98), quer no Acórdão nº 440/94, que se dá aqui por reproduzida. [...] E nem se diga que, atentas a forma de processo em causa (processo sumaríssimo) e a exigência de celeridade, a Constituição não imporá a audição prévia da parte condenada como litigante de má-fé. [...] Com efeito, **a relevância constitucional da proibição da indefesa não pode ser radicalmente postergada**, como o foi, considerando a forma de processo em causa, sendo certo que **a celeridade processual – valor igualmente tutelado na Constituição, mas que não pode restringir desproporcionadamente, ou mesmo anular, o direito de a parte ser ouvida sobre uma anunciada condenação por litigância de má-fé – apenas seria afectada em grau muito reduzido com a concessão de um prazo para a parte se pronunciar**. [...] Reconhece-se, assim, que **a norma extraída do artigo 456º n.ºs 1 e 2 do CPC, tal como interpretada no acórdão impugnado (a condenação como litigante de má-fé não exige a prévia notificação da parte para se pronunciar) viola o direito de acesso aos tribunais (artigo 20º da CRP) e o princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2º da CRP)**. [...] Mas, sendo a mesma norma susceptível de outra interpretação que a compatibiliza com a Constituição – e ela é a de que a condenação como litigante de má-fé deve ser precedida de audição da parte – entende o Tribunal lançar mão do poder conferido pelo artigo 80º n.º 3 da LTC e proceder a tal interpretação, como interpretação conforme à Constituição” (Ac. TC n. 289/2002, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO [g.n.]).

¹⁶⁹³ *In verbis*: “Ora, o artigo 69º do CPT [o de 1982, anterior ao atual, que aliás veicula mesma norma no artigo 74º] carece, no entendimento do Tribunal Constitucional, de ser analisado numa perspectiva não focada pela recorrente, qual seja a da sua compatibilidade com o artigo 20º, n.º 1, da Constituição. Comentando esta disposição, no aspecto que aqui releva, assinalam Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição ... cit, pág. 164) “a proibição da “indefesa” (decorrente do n.º 1) que consiste na privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos judiciais, junto dos quais se discutem questões que lhe dizem respeito”, e acrescentam, “A violação do direito à tutela judicial efectiva, sob o ponto de vista da limitação do direito de

(e.3-) a possibilidade de condenação “*extra vel ultra petitem*”, no âmbito do processo do trabalho, não favorece apenas o trabalhador, podendo aproveitar também ao empregador, pois “*tem que ver exclusivamente com a natureza das normas que os factos provados convocam e não com a posição na relação laboral dos sujeitos processuais*” (Ac. TC n. 644/1994, ainda sob a égide do CPT anterior);

(e.4-) a rejeição de recurso administrativo por extemporaneidade (artigo 173º, 3, do EMJ), nas reclamações de magistrados judiciais contra deliberações do Conselho Superior da Magistratura (conselho permanente), pressupõe a *prévia manifestação* da parte interessada “*para se pronunciar sobre essa questão prévia*”, sob pena de inconstitucionalidade por violação do direito a um processo equitativo, na dimensão do direito ao contraditório e de proibição de decisões-surpresa; e, mais, a publicação de ato administrativo em página oficial da *internet* é válida para a insurgência recursal (artigo 169º, 2, “a”, do EMJ), autorizando inclusive a sua formal impugnação antes da publicação em Diário da República, sob pena de inconstitucionalidade por violação do direito a um processo equitativo, agora na dimensão do direito à tutela jurisdicional efetiva, *ut* artigos 20º, 5, e 268º, 4, da CRP (Ac. TC n. 186/2010).

defesa, verificar-se-á sobretudo quando a não observância de normas processuais ou de princípios gerais de processo acarreta a impossibilidade de o particular exercer o seu direito de alegar, daí resultando prejuízos efectivos para os seus interesses”. [...] *Analizando a sequência processual em que no presente processo apareceu a condenação para além do pedido, vemos que relativamente a esta não foi garantido o exercício do contraditório à parte directamente afectada por tal condenação. A ultrapassagem em quantidade e objecto surgiu assim no processo como verdadeira “a decisão surpresa” não antecedida da concessão à ré de qualquer oportunidade de “apresentar as suas razões e objecções à solução adoptada pelo Tribunal”* (Carlos Lopes do Rego, Acesso ao direito e aos Tribunais, in Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional, Lisboa 1993, pág. 65). [...] *É certo que esta possibilidade de audição prévia, em rigor, não está processualmente prevista de forma expressa na disposição em causa do CPT, mas também não deixa de ser verdade que o “princípio do contraditório” constitui um princípio básico de ordenamento adjectivo civil português* (v. Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra 1979, pág. 379 e Miguel Teixeira de Sousa, Introdução ao Processo Civil, Lisboa 1993, pág. 41/42) expressamente afluído, por exemplo, nos artigos 3º, nº 1, in fine, e 517º, nº 1 do CPC, e a garantia no processo dessa audição prévia, quanto à eventualidade de condenação “*extra vel ultra petitem*”, não seria de todo impraticável, por exemplo (e esta seria apenas uma das formas possíveis) com a comunicação na audiência, anterior à abertura dos debates de que fala o artigo 66º, nº 2 do CPT, dessa eventualidade” (Ac. TC n. 605/1995, Cons. JOSÉ DE SOUSA E BRITO [g.n.]).

(e.5-) fere o direito constitucional ao contraditório a norma processual laboral (artigo 55º do atual CPT) que, sob o fundamento da simplicidade da causa (processo comum declarativo laboral), permite condenar o réu em audiência conciliatória, sem lhe dar oportunidade de defesa de direito, ainda se o réu confessar os fatos e não manifestar a necessidade de qualquer contraditório de conteúdo técnico-jurídico, eis que

“há-de convir-se que não é um processo equitativo e leal, por não dar ao réu *efectiva* oportunidade de defesa, aquele em que, com o fundamento de que é “manifesta a simplicidade da causa”, o dito réu é condenado numa audiência destinada a tentar a conciliação das partes, sem se lhe dar oportunidade de se defender de direito, apenas porque ele, interpelado sobre os factos alegados pelo autor, os confessou e não manifestou “a necessidade de qualquer contraditório ao nível jurídico”. **Esse processo, mesmo explicando o juiz ao réu “as consequências” que ia extrair da sua confissão dos factos, não surge, pelo menos aos olhos do cidadão, como a [procedural] *due process of law*.** Ora, como se viu, **num Estado de Direito, é essencial não apenas que o processo seja equitativo, como que ele se apresente como tal**” (Ac. TC n. 330/2001, rel. Cons. MESSIAS BENTO [g.n.]).

Apesar de tantas interferências, no entanto, o Tribunal Constitucional português reconhece e declara que a Constituição da República Portuguesa não impõe à ordem jurídica infraconstitucional um *certo modelo concreto de processo*, deixando à liberdade de conformação legislativa do órgão legiferante competente a missão de concretizar o binómio processo/procedimento, em conformidade com as diversas situações factuais e as especificidades das pretensões materiais envolvidas (Ac. TC n. 222/1990, Ac. TC n. 638/2008¹⁶⁹⁴), desde que se assegurem os conteúdos mínimos dos variegados direitos

¹⁶⁹⁴ *In verbis*: “Ora, decorre de tudo quanto atrás se disse que não é, evidentemente, arbitrária ou não fundada a diferença de regime que o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 269/98 institui, quanto ao modo de contagem do prazo para a contestação do réu, caso este tenha sido citado através de terceira pessoa. Tal diferença ou especialidade de regime, pelo contrário, tem a fundamentá-la uma razão material bastante (claramente decorrente da exposição de motivos contida no preâmbulo do Decreto-Lei), razão essa congruente com a prossecução, por parte do legislador ordinário, de interesses e valores constitucionais dotados, como já vimos, de particular relevância. Tanto basta para que se conclua que, também face ao parâmetro contido no artigo 13.º da CRP, não merece a norma sob juízo qualquer censura por parte do Tribunal” (Ac. TC n. 638/2008, rel. Cons. MARIA LÚCIA AMARAL).

consectários do “*procedural due process*” e se observem os devidos limites constitucionais às leis restritivas (o que significa que a lei *pode* introduzir, p.ex., limitações razoáveis no contraditório e inclusive diferir o seu exercício em alguns procedimentos)¹⁶⁹⁵.

IV. Já em matéria de acesso aos tribunais de apelação (ou duplo grau de jurisdição — cf., *supra*, tópico 16.4), o TC entendeu que as limitações à recorribilidade — de que a irrecorribilidade em razão da alçada (e.g., artigo 678º do CPC) é o exemplo mais óbvio — não ferem o direito ao processo equitativo, não originam desigualdades e nem configuram discriminação, porque afinal todas as ações contidas no espaço de determinada alçada recebem o mesmo tratamento (Ac. TC n. 239/1997, sobre o artigo 764º do CPC português). É, com efeito, a melhor compreensão. Tais limitações funcionam como “*meio de racionalizar o sistema judiciário, impedindo o ‘entupimento’ do sistema que ocorreria por força da admissão a todas as instâncias de recurso*”¹⁶⁹⁶. Admitindo, ademais, as limitações do artigo 721º do CPC para o recurso de revista (= “violação da lei substantiva”) contra os acórdãos dos tribunais de relação, em caso no qual se denegara seguimento a recurso para o STJ de acórdão que anulava o julgamento de primeiro grau por deficiência na fixação da matéria de fato (= questão processual), o Tribunal Constitucional assentou não derivar da CRP, em qualquer interpretação razoável, a garantia de um “triplo grau de jurisdição” em matéria civil ou trabalhista (Ac. TC n. 234/1998, AC. TC n. 189/2001). Já o duplo grau de jurisdição está constitucionalmente garantido, mas apenas no âmbito do *processo penal* (artigos 27º, 28º e 32º, 1, da CRP), e não para toda e qualquer decisão em sede processual penal, mas apenas para aquelas de natureza *condenatória* (Ac. TC n. 352/1991, Ac. TC n. 459/2000, Ac. TC n. 417/2003), ainda que a questão jurídica seja eminentemente *processual* (Ac. TC n. 597/2000). Segue-se aqui o padrão universal que apontamos ao estudar o alcance recursal do “*procedural due process*” (tópico 16.4).

Por raciocínio analógico, a doutrina tem entendido estender-se a garantia do duplo grau de jurisdição para todas as decisões jurisdicionais que *imponham restrições a direitos*,

¹⁶⁹⁵ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.196; Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, “O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do Processo Civil” in *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, v. 1, pp.749-750.

¹⁶⁹⁶ José Lebre de Freitas, Cristina Máximo dos Santos, *O Processo Civil na Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.226.

liberdades e garantias fundamentais, sejam cíveis ou criminais, a partir de uma construção hermenêutica que pode passar pelas normas dos artigos 20º, 5, e 18º, 2 e 3, da CRP¹⁶⁹⁷. Nesse sentido, p.ex., foram as declarações de voto dos Conselheiros VITAL MOREIRA e ANTÓNIO VITORINO, respectivamente nos acórdãos n. 65/1988 e 202/1990. Encontram-se, porém, notadas resistências na própria jurisprudência do Tribunal Constitucional (e.g., Ac. TC n. 31/1987, Ac. TC n. 211/1993, Ac. TC n. 638/1998, Ac. TC n. 415/2001).

Ademais disso, registre-se que o acesso aos tribunais guia-se pelo mesmo padrão de “*substantive due process*” (proporcionalidade e garantia de conteúdo essencial) já identificado. Conquanto se reconheça ao legislador ampla liberdade na fixação do montante de custas processuais que condicionam o direito (Ac. TC n. 70/1998, Ac. TC n. 521/1999), e nem mesmo se exija dele uma tabela de custas com “equivalência econômica rigorosa” entre o valor do serviço e o montante da quantia a prestar pelo utente (Ac. TC n. 349/2002), ressalvam-se todas as hipóteses de insuficiência econômica e, além disso, “*vedam-se soluções de tal modo onerosas que, na prática impeçam o cidadão médio de aceder à justiça*”¹⁶⁹⁸, tanto no acesso em geral (Ac. TC n. 487/1997) como no acesso seletivo a determinados tipos de processos (assim, e.g., em matéria tributária, para reaver ou salvaguardar, em face do erário, valores reputados indevidos; cf., por todos, Ac. TC n. 1182/1996).

20.4. “*PROCEDURAL DUE PROCESS*” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)

I. No Brasil, várias decisões do Supremo Tribunal Federal têm pedagogicamente orientado como se devem compreender as garantias formais derivadas da “*due process clause*” (distribuídas, no caso brasileiro, entre os incisos XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LIX, LX, LXI, LXII, LXIV, LXV, LXVI, LXXIV e LXXVIII, todos do artigo 5º, mais o seu *caput* e inciso I — princípio da isonomia —, e

¹⁶⁹⁷ Cf., por todos, Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.200.

¹⁶⁹⁸ *Idem*, p.183.

também no inciso IX do artigo 93 da CRFB — publicidade e motivação —, afora os remédios-garantias do próprio artigo 5º: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança etc.). À subdisciplina dedicada ao estudo desse conjunto de direitos e garantias tem-se denominado, notadamente entre os autores de língua portuguesa e castelhana, “*direito constitucional processual*” (à exceção dos remédios-garantias que, ligados à chamada “*jurisdição constitucional das liberdades*”, pertenceriam ao “*direito processual constitucional*”, concernente à jurisdição e estrutura dos tribunais constitucionais e aos remédios constitucionais em geral)¹⁶⁹⁹.

Na delimitação geral do “*procedural due process*”, o STF pontificou em várias oportunidades que o intérprete/aplicador deve partir da legislação comum (normas estritamente legais) e do caso concreto, para em seguida apreciar a tese de violência ao devido processo legal formal (STF, REEx n. 158.215-4, 2ª T., *in* RF 337/219; cf. também AgRg n. 133.757/PA, 2ª T., *in* RTJ 161/622 e ss.). Assentava, com isso, ideia similar àquela dominante na jurisprudência do TC português: o legislador ordinário tem, em tese e princípio, *liberdade de conformação* para a matéria processo-procedimental, observados certos limites constitucionais e o padrão de razoabilidade/proporcionalidade das leis. Afirmava, ademais, que as questões constitucionais de devido processo legal formal geralmente passam por juízos concretos de proporcionalidade (entroncamento entre a dimensão substantiva e adjetiva da “*due process clause*”): “[c]aso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência a transgressão do texto constitucional, muito embora torne-se necessário [...] partir-se do que previsto na legislação comum” (STF, REEx n. 158.655-9/PA, rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 02.05.1997).

¹⁶⁹⁹ Cf., por todos, Ivo Dantas, *op.cit.*, pp. 313-315 e 338; José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, Campinas, Bookseller, 1997, v. I, pp.30-31; Elvito A. Rodriguez Dominguez, *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Lima, Grijley, 1999, pp.13-15; Domingos García Balaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp.01-05.

II. Relativamente ao acesso aos direitos e garantias processuais da Constituição (o que implica discutir, na verdade, o alcance do artigo 5º, XXXV, da CRFB), o STF tem decidido — como de resto a *U.S. Supreme Court* e o TC português (*supra*) — que as garantias constitucionais da liberdade estendem-se a qualquer pessoa humana, independentemente da nacionalidade ou da própria residência no país (embora o texto do artigo 5º, *caput*, da Constituição declare que os direitos fundamentais ali previstos se aplicam “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, no que afinal restringiu o espírito da norma¹⁷⁰⁰). Assim, no HC n. 94.016/SP (STF, 2ª T., rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 16.09.2008), pontificou-se que

[o] súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do “habeas corpus”, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. **Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante (g.n.).**

No mesmo julgado, ademais, o Min. CELSO DE MELLO revelou analiticamente quais seriam os principais direitos consectários do “*procedural due process*”, na percepção da corte constitucional brasileira (com especial atenção às garantias processuais penais, já que se tratava de ação originária de *habeas corpus* em sede criminal):

- (a) o “direito ao processo” (= garantia de acesso ao Poder Judiciário);
- (b) o direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;

¹⁷⁰⁰ Cf., or todos, José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.175-176 (v., *supra*, a nota n. 1389).

- (c) o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;
- (d) o direito ao contraditório e à plenitude de defesa (o que inclui, ao menos em sede penal, o direito à autodefesa e à defesa técnica);
- (e) o direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*” (na verdade, em nossa concepção, uma garantia do “*substantive due process*” e não do devido processo legal formal);
- (f) o direito à igualdade entre as partes;
- (g) o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude;
- (h) o direito ao benefício da gratuidade processual;
- (i) o direito à observância do princípio do juiz natural;
- (j) o direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação);
- (l) o direito à prova; e
- (m) o direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

O aresto registra, ademais, que

“[o] direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “*due process of law*”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer

acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos”.

Este julgado tem servido de precedente para inúmeros outros, notadamente em tema de devido processo penal. O Supremo Tribunal Federal possui, dessarte, uma jurisprudência *analítica*, firme e consolidada, a respeito dos conteúdos específicos do princípio insculpido no artigo 5º, LIV, da CRFB, na sua dimensão processual (embora vários desses conteúdos tenham sido *autonomizados* pelo legislador constituinte, como se vê no próprio artigo 5º, em seus incisos XXXV, XXXVII, LIII, LV, LVI, LXXVIII etc).

III. No que diz com os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, a jurisprudência do STF os tem prestigiado com largueza, tanto no campo judicial¹⁷⁰¹ como no campo administrativo, mesmo em caso de anulação de atos administrativos (v.g., STF, MS n. 24.268, TP, rel. desig. Min. GILMAR MENDES, j. 05.02.2004¹⁷⁰²), inclusive aqueles com efeitos gerais, desde que se malfirmam situações jurídicas concretamente

¹⁷⁰¹ Assim, e.g., STF, HC n. 67.917/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17.04.1990 (afastando condenação criminal fundada apenas em provas colhidas no inquérito policial, de feições tradicionalmente inquisitoriais; HC n. 87.926/SP, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 20.02.2008 (reconhecendo nulidade, por ofensa ao contraditório em suas diversas formulações juspositivas — artigo 5º, LIV e LV, da CF, artigo 610, par. único, do CPP, artigo 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região —, no processo-crime em que se inverteu a ordem de sustentações orais no tribunal, ouvindo-se por último o Ministério Público, acusador e recorrente, e não o réu-recorrido); HC n. 85.824/SP, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 05.08.2008 (divisando vício de contraditório em processo-crime com réu revel, no qual o juiz determinou cautelarmente a produção antecipada de prova testemunhal — colheita “*ad perpetuam memoriam*” —, porque não haveria “urgência” nessa prova, com o sentido do artigo 225 do CPP); e assim por diante.

¹⁷⁰² *In verbis*: “Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. **Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo.** 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.** 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas **implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.** 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. **Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.** 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (g.n.).

estabelecidas (v., *e.g.*, STF, REEx n. 158.543/RS, 2ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 30.08.1994¹⁷⁰³).

Por outro lado, reconhece-se o papel de mediação concretizadora que a ordem constitucional acomete ao próprio juiz, que portanto não está obrigado, sequer em sede processual penal, a produzir provas quando as reputar inúteis, abusivas ou protelatórias (STF, HC n. 76.614, rel. Min. ILMAR GALVÃO, *in* DJ 12.06.1998; STF, HC n. 94.542/SP, 2ª T., rel. Min. EROS GRAU, j. 03.02.2009; cf. ainda, acima, a nota n. 1690). Ilustre-se com o último, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido de que “[n]ão constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligências requeridas pela defesa, se foram elas consideradas desnecessárias pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência do procedimento então proposto” [...]. **2.** Indeferimento da oitiva de testemunha que se encontrava presa há vários anos, muito antes da ocorrência dos fatos apurados na ação penal. Ausência de correlação entre estes e os que o réu pretendia provar com a oitiva da testemunha. Inexistência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem denegada.

Observe-se, outrossim, que vários arestos do Supremo *elastecem* o binômio contraditório/ampla defesa, para bem além da mera oportunidade formal de contraditar e/ou de se manifestar nos autos (*e.g.*, MS n. 24.268, TP, j. 05.02.2004), inspirando-se não raramente no direito estrangeiro e caminhando na trilha da *máxima efetividade* da garantia, como deve ser (*supra*, tópico 12.2, n. III). Assim, de modo geral, o direito constitucional de defesa processual implica, para o STF, **(a)** o direito de informação e de manifestação; **(b)** o

¹⁷⁰³ *In verbis*: “ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”.

direito de falar e ser ouvido também sobre *matéria jurídica*, e não apenas sobre matéria fática (o que vai ao encontro do entendimento perfilhado em Portugal, *e.g.*, no Ac. TC n. 330/2001, *supra*); e (b) o direito de ver o órgão julgador *considerar* os argumentos expendidos (não bastando, pois, “ouvi-los” para depois, em julgamento, ignorá-los simplesmente)¹⁷⁰⁴.

Há julgados que, ademais, reconhecem a incidência da norma do artigo 5º, LV, da CRFB até mesmo em certos tipos de *relações privadas*, como que praticamente admitindo uma *eficácia horizontal direta* (“*Drittwirkung*”) emanada da norma em testilha (que originalmente fora cunhada para exclusivos fins de eficácia *vertical* — para os súditos em face do rei —, como visto no tópico 8.2). Assim, *p.ex.*, no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ (STF, 2ª T., rel. desig. Min. GILMAR MENDES, j. 11.10.2005), em que era recorrente a União Brasileira de Compositores (uma sociedade civil sem fins lucrativos), desproveu-se a insurgência, reconhecendo-se a violação àquela norma constitucional em razão da exclusão privada de sócio, que se operou internamente *sem* a mínima observância da garantia do contraditório e da ampla defesa. Pontuou-se, na ocasião, que

“[a]s violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”.

E, na sequência, anotou-se que

¹⁷⁰⁴ Na jurisprudência infraconstitucional, porém, não é incomum alegar-se que “[o] juiz não está obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem: o importante é que indique o fundamento suficiente de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir” (STJ, REsp n. 172.059/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, in DJU 08.09.1998); ou — o que é o mesmo — que “[o] juiz não é obrigado a responder a todas as alegações apresentadas pelas partes, desde que fundamente a sentença de forma lógica e precisa, esclarecendo os elementos que julgou suficientes para embasar o seu convencimento” (TJMG, Ac. n. 72.988/9, rel. Des. CAMPOS OLIVEIRA, in DJ 05.04.1997). Parece-nos que, ainda aqui, deva haver uma solução de compromisso entre o direito constitucional de defesa processual (contraditório/ampla defesa) e o próprio princípio da razoabilidade, para que, à mercê das avalanches processuais que se precipitam anualmente (em especial no caso brasileiro), o magistrado também não se veja instado a responder o óbvio ou o absurdo, pelo mero capricho — ou, pior, artifício — das partes.

“[a] ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”.

Nessa linha, o STF entendeu que o espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações privadas não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. Noutras palavras, a autonomia privada não poderia ser exercida em detrimento de direitos e garantias fundamentais de terceiros, porque *“a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”*. Além disso, no aspecto mais específico, compreendeu-se que, porque a União Brasileira dos Compositores integraria “espaço público, embora não-estatal” — inclusive realizando atividade de caráter público (integrando a estrutura do ECAD, assume posição privilegiada na extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados) —, não poderia excluir um sócio sem lhe garantir, qual o próprio Estado, o devido processo formal, na vertente dos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Na situação “*sub iudice*”, a negação das garantias constitucionais do devido processo legal formal acabariam por restringir indevidamente a própria liberdade de exercício profissional do sócio excluído, porque a exclusão impossibilitava ou ao menos dificultava a percepção dos direitos autorais relativos à execução de suas obras. Noutras palavras, “[o] *caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)*”.

Por outro lado, seguindo uma concepção tendencialmente universal e a nosso ver mais acertada (*supra*, tópico 16.4), porém sob os protestos de parte da doutrina nacional¹⁷⁰⁵, a jurisprudência do STF não reconhece o duplo grau de jurisdição como uma garantia *inerente* ao devido processo legal formal (i.e., à ampla defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*”), exceto no processo penal. Vejam-se, *e.g.*, ADI n. 1049, REx n. 210.246, REx n. 356.287, AI n. 513.044 e tantos outros (registrando-se, porém, que os primeiros arestos citados evocavam a inexistência de uma garantia do duplo grau de jurisdição para julgar constitucional a exigência de depósito de multa ou tributo como condição de admissibilidade de recurso administrativo, tese que mais recentemente soçobrou, como diremos adiante). Reconhece-se, com efeito, a garantia do duplo grau tão só em matéria penal, por força do próprio artigo 8º, 2, “*h*”, do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil; mas, em relação ao processo não penal — civil, tributário, trabalhista, administrativo etc. —, transige-se com um amplo poder de conformação legislativa acometido ao Parlamento (desde que, obviamente, as restrições à recorribilidade sejam proporcionais e não malfirmam a garantia de conteúdo essencial do “*procedural due process*”).

IV. Na tensão entre o princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, da CRFB) e o dever de imparcialidade (cf. artigos 134 e 135 do CPC, “*a contrario*”) — que, na verdade, está intimamente atrelado ao próprio princípio do juiz natural¹⁷⁰⁶ —, o Supremo

¹⁷⁰⁵ Cf., por todos, Maurício José Nogueira, “*Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais*”, in *Processo e Constituição*, Luiz Fux et al. (coord.), pp.542-552: “*Apresentamos alguns apontamentos sobre a constitucionalidade do princípio do duplo grau de jurisdição, concluindo que ele, apesar de ter assento constitucional, não está disciplinado de forma expressa na Carta Magna — trata-se, pois, de um princípio implícito. Concluímos, também que se trata de um direito fundamental da parte o reexame da decisão, malgrado posicionamento contrário do STF, mas que é relativo, assim como todos os outros direitos fundamentais o são, e por causa disso comportam exceções legais que não podem ser tidas como inconstitucionais*” (p.552). Como se vê, mesmo NOGUEIRA admite cautelas quanto ao discurso da constitucionalidade do duplo grau em sede civil.

¹⁷⁰⁶ Cf., por todos, Leonardo José Carneiro da Cunha, “*Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*”, in *Processo e Constituição*, Luiz Fux et al. (coord.), p.506. *In verbis*: “*Já se pode perceber que o juiz natural mantém um liame estreito com a necessidade de imparcialidade do juiz. Na verdade, a salvaguarda da imparcialidade constitui razão justificativa de uma série de institutos, entre os quais desponta a garantia do juiz natural. Em outras palavras, o juiz natural decorre da imparcialidade; esta é a sua razão de ser. [...] A garantia da imparcialidade do juiz reclama a coexistência de três condições: (a) independência; (b) autoridade; e (c) responsabilidade*”. Ora, a própria autoridade, como também a responsabilidade, decorre da “determinabilidade” e da “fixação da competência” do juiz, enquanto a independência é um pressuposto para a imparcialidade. Daí entendermos, particularmente, que a imparcialidade não é uma *causa*, mas um **elemento** mesmo da garantia do juiz natural (CARNEIRO DA

Tribunal Federal adotou uma interessante solução na AO n. 1.120-QO/AM (STF, TP, rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 30.06.2005, in DJ 26.08.2005), que bem ponderou os valores em colisão e, em arguto juízo concreto de proporcionalidade, fez a balança pender para os demais consectários da garantia do juiz natural (nomeadamente a proibição de se “escolher” juízes, que decorre diretamente do clássico paradigma “*no making a man a judge in his own case*”, examinado no tópico 10.1.5.1), a que aduzia o próprio *princípio da boa-fé* (em sede de direito público), não citado no aresto.

Decidiu-se, com efeito, o seguinte:

“QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 102, I, “N”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATAÇÃO SUPERVENIENTE DE ADVOGADO, APÓS JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES, QUE PROVOCA A ANTEVISTA DECLARAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DA MAIORIA DOS INTEGRANTES DO TRIBUNAL ESTADUAL PARA APRECIAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO JUÍZO NATURAL. 1. A contratação superveniente de determinado advogado, por parte da requerida, logo após o julgamento — a ela desfavorável — dos embargos infringentes, constituiu o único fator responsável pelo desencadeamento da série de declarações de impedimento ou suspeição por parte dos membros do Tribunal *a quo*, ressaltando-se que nove deles já haviam participado de pelo menos um dos julgamentos anteriormente realizados; **2.** A norma de competência prevista no artigo 102, I, “n” da Carta Magna que encarrega o Supremo Tribunal Federal do processamento e do julgamento das ações em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos é regra explícita de conformação entre os princípios constitucionais do juízo natural e da imparcialidade. Busca resguardar o dever da boa prestação jurisdicional, restabelecendo, dessa forma, a igualdade de forças entre as partes no processo. **3.** Hipótese não configurada no caso concreto, no qual se criou situação de formal, porém desvirtuada, caracterização da regra de conformação de princípios acima indicada (art. 102, I, “n” da CF) para ofender, materialmente, o princípio do juízo natural; **4.** Questão de ordem resolvida para declarar o impedimento do causídico constituído nas referidas circunstâncias, por aplicação analógica da segunda parte do art. 134, par. único do CPC, bem como a

CUNHA, ao revés, prefere entender que o direito ao juiz natural é a garantia *subjetiva*, enquanto a imparcialidade comporia a “*garantia objetiva e institucional*”).

incompetência originária desta Corte na apreciação dos embargos de declaração interpostos” (g.n.).

O STF superou, portanto, o óbice artificialmente criado pela requerida/embargante (Meridional Companhia de Seguros Gerais), com a provável intenção de deslocar a competência para o STF, após o insucesso nos embargos infringentes, mediante o impedimento de mais da metade dos membros do tribunal competente (TJAM), que era o “juiz natural” para o caso. Para fazê-lo, a corte entendeu ter havido *abuso* de posição jurídica (a saber, a *faculdade* de constituir advogados); e, por conseguinte, declarou o *impedimento do próprio advogado* que provocara, como efeito da constituição serôdia, os impedimentos judiciais em cadeia (evocando-se analogicamente, para esse fim, a norma do artigo. 134, par. único, do CPC, que, aplicável sobretudo ao primeiro grau de jurisdição, dispõe ser vedado ao advogado “*pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz*”). Prestigiando-se materialmente o princípio do juiz natural, evitou-se a chicana, sem comprometer a imparcialidade no julgamento dos embargos (já que o advogado que gerara os impedimentos haveria de ser substituído ou substabelecido, na origem, antes da apreciação do recurso pelo TJAM).

Note-se que o texto do artigo 102, I, “n”, da CRFB traduz *regra jurídica* de competência (e não norma-princípio); não foi, pois, qualquer “harmonização”. A norma-regra simplesmente *não foi aplicada*, nos termos do raciocínio construído. Por outro lado, como sequer a imparcialidade sofreu prejuízos ou acomodações (afinal, declarou-se impedido o causídico), nem mesmo vislumbramos, na espécie, *inflexão* do devido processo formal, para os efeitos da noção bosquejada no §2º, III, “ζ” (*supra*). Mas, a despeito disso, o caso revela que, sem boa e articulada hermenêutica, mal se aplicam os princípios constitucionais, como menos ainda se resguardam as garantias do “*procedural due process*”.

V. No campo processual tributário, ademais, a jurisprudência do STF dos últimos vinte anos tem visivelmente prestigiado o devido processo formal, agora na dimensão do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB). A nota é importante a esta altura, porque o legislador ordinário brasileiro tradicionalmente dificultou o acesso dos contribuintes às instâncias revisoras, em sede judicial e administrativa, transformando o

ensejo recursal ou o próprio acesso aos órgãos jurisdicionais em uma “oportunidade” para fazer antecipar garantias patrimoniais vinculadas à execução fiscal. Essas barreiras têm sido sistematicamente derrubadas, a bem do devido processo legal formal. Vejamos.

No plano judicial, em medida cautelar incidente à ADI n. 1.074-3/DF, o STF pontificou que o condicionamento das ações judiciais que têm por objeto discutir débitos com o INSS ao depósito preparatório do valor do débito (*ut* artigo 19, *caput*, da Lei n. 8.807/1994) era inconstitucional, exatamente por cercear o livre acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

Já no plano administrativo, os Recursos Extraordinários ns. 388.359, 389.383 e 390.513, todos da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO MELLO, discutiram a questão da constitucionalidade do depósito prévio de trinta por cento (30%) do valor total bruto das contribuições sociais exigidas como requisito processual objetivo para a interposição de recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social contra decisão final do Instituto Nacional do Seguro Social. Em todos eles, o relator concluiu que o referido depósito prévio também caracterizava cerceamento dos direitos de petição e defesa dos contribuintes (artigo 5º, XXXIV e LV, da CRFB) — o primeiro direito, aliás, de conformação administrativa e inconfundível com o direito de ação “*proprio sensu*”, destinado a obter decisões judiciais (cf. STF, Petição n. 762-AgRg, *in* RTJ 153/497) —, assegurando-lhe o direito de se insurgir contra a decisão de primeiro grau *independentemente* do pagamento de taxas. Em voto-vista, o Min. CEZAR PELUSO acrescentou que a exigência do depósito prévio administrativo também acarretava violação oblíqua ao princípio da isonomia, por determinar um tipo de “*discriminação baseada na condição financeira do interessado*”. Declarou-se, assim, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/91.

O mesmo se decidiu, no marco dos impostos federais, na ADI n. 1976-7 (rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), reputando-se inconstitucional o arrolamento de bens correspondentes a trinta por cento (30%) do valor do tributo federal exigido como condição objetiva de admissibilidade para a interposição de recursos administrativos aos conselhos

de contribuintes (artigo 32 da MP n. 1.699-41/1998, convertida na Lei n. 10.522/2002, que deu nova redação ao artigo 33, §2º, do Decreto n. 70.235/77). Aprofundou-se a argumentação, outrossim, no sentido de que **(a)** a exigência de depósitos prévios violava os princípios democrático e da legalidade formal, por estreitar a via recursal administrativa e dificultar o controle de legalidade dos atos administrativos; e **(b)** tais previsões legais violariam o *núcleo essencial* do direito fundamental de insurgência recursal (na dicção da Constituição brasileira, “*contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”), o que se verificaria pela desproporcionalidade da exigência, já que inadequada, desnecessária e desrazoável (caminhando, no particular, para a compreensão indistinta de ALEXY e HÄBERLE — *supra*, tópico 12.2 e nota n. 1136).

Já na ADI n. 1074 (rel. Min. EROS GRAU), o STF declarou à unanimidade a inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei n. 8.870/94, pelo qual “*as ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos*” (demonstrando-se, ainda uma vez, a desproporcionalidade de medidas legislativas desse quilate). WALD observou, a respeito, serem decisões que asseguram plenamente o devido processo legal formal no processo tributário, garantindo aos cidadãos a necessária segurança jurídica¹⁷⁰⁷.

Desse cabedal de julgados adveio, em 2009 (DJe n. 210, 10.11.2009), uma *súmula vinculante* (a generalizar o conceito e impedir, no rigor do texto constitucional, decisões divergentes por parte de quaisquer outros órgãos judiciários ou mesmo de órgãos da Administração Pública direta e indireta, *ut* artigo 103-A, *caput*, da CRFB):

SV n. 21. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

¹⁷⁰⁷ Arnoldo Wald, Alexandre Nishioka, *O STF e o devido processo legal*, in *Correio Braziliense* (Suplemento Direito e Justiça), Brasília, Diários Associados, 07.05.2007, n. 6, p.01.

Essa tem sido, com efeito, a orientação dominante no Excelso Pretório brasileiro: salvaguardar ao máximo o direito de acesso aos tribunais, como forma de referendar a primazia do Poder Judiciário na conformação da ordem jurídica justa.

VI. A fim de não nos estendermos, registre-se apenas, e por fim, que diversos outros aspectos do “*procedural due process*” têm sido tratados e compendiados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Nalguns casos, pacificam-se conteúdos com interpretações de enorme penetração entre os doutos e nas várias instâncias judiciais. Noutras, firmam-se posições que a doutrina não se poupa em vergastar. Vamos nos cingir derradeiramente a três desses aspectos.

Quanto à *motivação das decisões judiciais*, sedimentou-se o entendimento de que sentença com motivação deficiente, sucinta ou incorreta em princípio não é nula; satisfaz-se a Constituição (artigo 93, IX) com a mera fundamentação, que não precisa ser, para a higidez formal do ato jurídico processual, abrangente, extensa ou sequer correta na solução das questões de fato e de direito da lide (STF, REX n. 77.792/MG, rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, j. 15.10.1974; REX n. 140.370/MT, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 20.04.1993)¹⁷⁰⁸.

Quanto à *publicidade dos atos processuais*, o STF a tem reconhecido e assegurado como uma das linhas mestras do direito constitucional processual, especialmente a partir da Constituição de 1988, ao argumento de que “[n]ada deve justificar, em princípio, a tramitação, em regime de sigilo, de qualquer processo judicial, pois, na matéria, deve prevalecer a cláusula da publicidade. Não custa rememorar, neste ponto, que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério” (STF, HC n. 83.471/TO, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03.09.2003). A publicidade processual, na boa lembrança do ministro relator, dá substância judicial ao ideário de um “modelo de governo público em público” (BOBBIO). Serviu até mesmo para

¹⁷⁰⁸ A desafiar, a propósito, acerba crítica na doutrina nacional. Cf., por todos, José Carlos Barbosa Moreira, “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de direito processual: segunda série*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, *passim* (especialmente pp.91-93); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito”, in *Processo e Constituição*, Luiz Fux *et al.* (coord.), pp.567-576.

inibir o progresso tecnológico no trato processual (cf. HC n. 88.914/SP, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 14.08.2007), obstando a realização de interrogatórios processuais penais por *videoconferência*, ao argumento de que a técnica, ademais de alheia à lei ordinária de antanho¹⁷⁰⁹, prejudicava o “*procedural due process*” nos quesitos da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa em comunhão), da igualdade e da publicidade processuais (o grande público não tem acesso físico às salas dos presídios e afins)¹⁷¹⁰.

Na ADI-MC n. 903/MG (STF, rel. Min. CELSO DE MELLO, in DJU 24.10.2007), porém, a par de excessos anteriores, *recuou-se* em um ponto: o STF entendeu ser possível aos ministros do próprio Supremo Tribunal Federal — e, por extensão lógica, aos membros de qualquer outro órgão judicial colegiado —, após proferirem seus votos na ordem da pauta ou naquela determinada pelo Presidente, “*modificar[em] os votos [...] na resolução da causa, mesmo que já proclamado o resultado da decisão colegiada, desde que o façam [...] no curso da mesma sessão em que efetuado o julgamento do processo*”. Como as sessões no STF tendem a ser longas e os advogados não permanecem após o julgamento das causas que patrocinam, a decisão em testilha obviamente ensejou objeções na doutrina processual civil¹⁷¹¹, com inegável razão: que “publicidade” seria essa, passível de retificação de conteúdo a destempo e com surpresa?

Finalmente, o *direito de não auto-incriminação* (v. tópico 16.5.2, *supra*) tem sido habitualmente prestigiado pelo Supremo, tanto para o interrogado em geral (e.g., STF, HC

¹⁷⁰⁹ Atualmente, a videoconferência está expressamente regulada pelo artigo 185, §§ 2º a 6º, do CPP, em vista da redação dada pela Lei n. 11.900/2009. Se agora o instrumento é válido, bem se vê que o problema anterior era apenas uma percepção positivista do Direito, refém das ortodoxias do princípio da legalidade formal, e não propriamente o “*due process of law*” (ou também a lei seria inconstitucional).

¹⁷¹⁰ Também se decidiu assim no HC n. 90.900, divisando-se inconstitucionalidade na Lei n. 11.819/2005 do Estado de São Paulo, que previa o interrogatório por videoconferência nos tribunais paulistas. Aqui se objetou que a competência legislativa para toda a matéria tipicamente processual (como é, desde a origem, o *direito probatório*) era privativa do Poder Legislativo da União (artigo 22, I, da CRFB) — embora a relatora original, Min. ELLEN GRACIE, insistisse em que se tratava de matéria de mero *procedimento*, apta a ser regulada pelos Estados da Federação (artigo 24, XI, da CRFB).

¹⁷¹¹ Cf., por todos, José Carlos Barbosa Moreira, “*Julgamento colegiado — modificação de voto após a proclamação do resultado?*”, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, pp.339-340. Cf. também Pedro Miranda de Oliveira, “*Princípios constitucionais do processo civil no âmbito recursal*”, in *Processo e Constituição*, Luiz Fux et al. (coord.), pp.553-566 (pontuando que “*não seria razoável obrigar as partes e/ou advogados a permanecer no recinto [do plenário do STF] até o fim da sessão, para só então ficarem seguros do resultado do julgamento*” — p.564).

n. 80.849, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *in* DJU 14.12.2001) como para os depoentes em comissões parlamentares de inquérito (*e.g.*, STF, HC n. 79.812, rel. Min. CELSO DE MELLO, *in* DJU 16.02.2001), que afinal têm, nos termos do artigo 58, §3º, da CRFB, “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”. Desdobrando-se a tendência no plano infraconstitucional, já se admitiu inclusive que o réu preso em flagrante pudesse se identificar falsamente junto à autoridade policial e ao Ministério Público, sem que se caracterizasse o crime de falsidade ideológica (artigo 307 do CP), porque obrigá-lo a informar a correta identificação seria um modo de tisonar o seu direito de não se prejudicar por ato próprio (STJ, HC n. 35.309, rel. Min. PAULO MEDINA, j. 21.10.2005) — o que, diga-se, parece trazer certo exagero. A rigor, o próprio *interesse público* deve ser sopesado na balança da proporcionalidade, notadamente na ordem processual penal, para que “*os direitos da vítima (nas ações penais privadas) e do Estado (nas ações penais públicas) [não] fiquem sempre relegados ao direito do acusado de não auto-incriminação*”¹⁷¹². E, de fato, na Rcl-AO n. 2040-DF (STF, TP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 20.02.2002), o Excelso Pretório considerou lícita a realização de exame de DNA, mesmo *contra* a vontade de sua titular, sopesando “*in concreto*” o interesse público na persecução penal como mais relevante que o direito à intimidade.

Tratava-se, na espécie, de exame de DNA em material placentário da cantora mexicana GLORIA TREVI, que fora presa no Brasil em janeiro de 2000, ante o pedido de extradição formulado pelos Estados Unidos Mexicanos (onde corriam, em face de TREVI, processos penais por crimes de abuso sexual, corrupção de menores e sequestro). Detida na carceragem da Superintendência da Polícia Federal em Brasília por mais de vinte meses, ali engravidou, advindo a suspeita de que houvesse sido estuprada por policiais federais (versão que mais tarde a própria artista reforçaria). No procedimento instaurado para a apuração dos fatos, entretanto, a cantora opôs-se à realização da prova. A despeito disso, o STF autorizou o exame, já que não importaria em violação do seu corpo (a placenta fora preservada), e a bem da moralidade pública, da persecução penal pública e da segurança pública, como também para preservar a honra e a imagem dos policiais federais sob

¹⁷¹² Eduardo Cambi, “*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*”, *in* *Processo e Constituição*, Luiz Fux *et al.* (coord.), p.681.

suspeita. No final, constatou-se que o filho era de um empresário mexicano com o qual TREVI se relacionava.

Capítulo 4

As dimensões do devido processo e as suas interações sistêmicas (conclusões parciais)

CAPÍTULO 4

AS DIMENSÕES DO DEVIDO PROCESSO E AS SUAS INTERAÇÕES SISTÊMICAS (CONCLUSÕES PARCIAIS)

I. À vista do quanto examinado entre os §§ 12º e 20º, seguem as seguintes conclusões parciais.

1.1. O “*due process of law*” detêm natureza constitucional bifronte: é, a um tempo, **direito** e **garantia** constitucional. Entendamos melhor, por agora, sem prejuízo de aprofundamentos ulteriores (§ 25º). Na dicção de JOSÉ AFONSO DA SILVA (remontando a MAURICE HAURIOU e RUY BARBOSA), deve-se distinguir entre os *direitos* e as *garantias jusfundamentais*, que não se confundem, na medida em que “*não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado*”¹⁷¹³. Assim, os textos constitucionais modernos tanto mantêm disposições *declaratórias* como disposição *assecuratórias*, cumprindo a essas últimas — as *garantias* — operacionalizar a limitação do poder em defesa dos direitos fundamentais. Assim, p.ex., a intimidade pessoal e familiar e a liberdade de transmissão pessoal e privada de pensamentos e opiniões são *direitos*, enquanto a respectiva inviolabilidade domiciliar e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados são *garantias*; a liberdade de ir e vir é um *direito*, enquanto o *habeas corpus* é uma *garantia*; e assim sucessivamente. Entretanto, o próprio autor reconhece que a separação conceitual entre direitos e garantias nem sempre é fulgente: há garantias que se positivam como declarações e direitos que são declarados usando formas assecuratórias (e.g., o artigo 5º, V, da CRFB: “*é assegurado o direito de resposta [...]*”). Se isso é verdadeiro na perspectiva da linguagem constitucional, é tanto mais verdadeiro, em relação ao “*due process of law*”, na perspectiva do seu *duplo conteúdo necessário*, como exaustivamente demonstrado nos §§ 12º a 15º (“*procedural due process*”), por um lado, e nos §§ 16º a 20º (“*substantive due process*”), por outro.

¹⁷¹³ José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.169 e ss.

1.2. Com efeito, o devido processo legal possui inegável *caráter instrumental* em relação aos direitos materiais em geral, e em relação aos direitos humanos fundamentais em especial, assegurando a sua efetivação ao enfeixar o direito de ação, o direito de defesa, o livre acesso aos tribunais e todos os seus demais consectários processuais (v. tópicos 16.1 a 16.5 e, alhures, 26.1 a 26.5), pela natural instrumentalidade desses predicamentos. Em tais contextos, funciona como *garantia*. De outro turno, notadamente quando lido como “*substantive due process*”, o devido processo legal nomina propriamente um *direito* — e não uma garantia —, na medida em que *concretiza* — e não apenas “garante” (no sentido de operacionalizar limitações ao poder público) — os conteúdos jusfundamentais, sempre em padrões razoáveis e proporcionais (tópico 12.2). Nessa medida, o “*due process of law*” *substancializa-se*, confundindo-se com um “*quid*” ideal de *realização de direitos autônomos* (que podem ser *direitos materiais* ou até mesmo *processuais*, como diremos a seguir), podendo ser então sinteticamente descrito como um direito fundamental *anterior e condicionante* de todos os demais: o ***direito à concretização mínima e proporcional dos conteúdos jusfundamentais***. Ou, nos termos que acima enunciávamos, o *direito a não ser privado do conteúdo essencial de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, ou de não ser deles privado sem a devida proporcionalidade, ou de não ser deles privado sem ter em conta a capacidade de aprendizagem das respectivas normas* (v., *supra*, o tópico 12.2, n. IV).

1.3. Na outra ponta, voltando aos lindes do “*procedural due process*”, vimos anteriormente (tópico 7.3.3, n. V) e veremos adiante (§25º) que a autonomização constitucional do direito a procedimentos (“*Recht auf Verfahren*”) permite o reconhecimento de genuínos *direitos processuais fundamentais* — que, por definição, não são garantias “puras”, como o *habeas corpus* —, de modo a se poder finalmente destacar, a partir daquele vórtice conceitual, uma série de ***direitos processuais diferenciados*** constitucionalmente adscritos, como demonstraremos ao cabo (§33º). Mas também funcionam como *garantias*, se os tomarmos por sua natural instrumentalidade, já que são *direitos processuais*; afinal, ao oferecer *limites* para o arbítrio e para a própria omissão do Estado, o binômio processo/procedimento atua como *instrumento* das proibições de excesso

— dentro e fora do processo — e também das proibições de insuficiência (v., *infra*, o tópico 22.1, n. III e ss.).

Daí porque, no “*due process of law*” — e especialmente nele —, as funções de *direito* e de *garantia* convergem e se amalgamam indissociavelmente. O que afinal diz, já à partida, com a necessária **interação sistêmica** das duas dimensões do devido processo, que nos ocupará durante todo este breve capítulo. Esses movimentos de convergência, com efeito, não são estanques, como não são impermeáveis os corpos convergentes. Caminha-se para uma genuína **unidade conceitual**, resgatando o que há de mais concreto nas abstrações teóricas que historicamente se desenvolveram em torno do devido processo legal¹⁷¹⁴. Esse é um papel que incumbirá fundamentalmente às magistraturas.

1.4. Nesse diapasão, trabalhar com as duas dimensões do “*due process of law*” em interação dinâmica é conspirar para um sistema jurídico mais próximo da ideia de *direito justo*, na melhor acepção da “*aequitas*” (que os contemporâneos herdaram do direito romano pós-clássico, como visto *supra*, no tópico 7.4). Isso significa, em primeiro lugar, que a compreensão dinâmica e integrada do devido processo legal — passando pela progressiva incorporação dos postulados da proporcionalidade/razoabilidade (tópico 14.2), pelos juízes de ponderação concreta (§24º) e, de um modo geral, por matrizes teóricas mais “inseguras” que aquelas projetadas para o direito liberal-moderno e seu modelo subsuntivo — é a que melhor se ajusta a uma necessidade de justiça quantitativa e qualitativamente inédita (v., *e.g.*, o tópico 13.3), em que

“[a] [J]ustiza deve não somente multiplicar as suas intervenções — o que é já em si um desafio —, mas também ela é objeto de novas solicitações. Quer a submetamos a questões morais perigosas, como aquelas

¹⁷¹⁴ Consoante o escólio de FROMM, “[a] ciência, os negócios, a política perderam todos os fundamentos e proporções que fazem sentido humanamente. Tudo é possível de fato e humanamente moral. Vivemos em cifras e abstratificações: como nada é concreto, é real. A ficção científica, e os pesadelos e sonhos, não são diferentes dos acontecimentos dos anos seguintes. O homem foi arrancado de toda posição definida de onde possa dominar e manejar sua vida e a vida da sociedade. É arrastado cada vez mais velozmente por forças que foram criadas originalmente por ele. Nesse torvelhido desenfreado, ele pensa, calcula, trabalha, com abstratificações (abstrações) cada vez mais afastadas de sua vida concreta” (Erich Fromm, *Psicanálise da sociedade contemporânea*, trad. E. A. Bahia, Giasone Rebuá, 9ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1979, p.123). Em uma pequena fração do todo, revivificar os conteúdos *materiais* do devido processo legal é, de fato, resgatar utilidades e sentidos para um conceito jurídico que talvez tenha se “abstratificado” em demasia, desde as primeiras enunciações históricas (1037, 1215).

relativas à bioética ou à eutanásia, ou lhe peçamos para atenuar a ruína de um laço social debilitado nos indivíduos excluídos, ela é intimada a fazer justiça numa democracia simultaneamente inquieta e desencantada”¹⁷¹⁵.

Ademais, esse não é um desafio conjuntural, como adverte GARAPON. Ao revés, todas essas novas demandas, indiciárias de que o sistema judiciário tem de aprender a dialogar com uma pletera de novos valores morais e sociais que se decantam rápida e caoticamente (§11º), são tributárias das próprias democracias, em que as liberdades e a tendencial igualdade de condições “*cria opiniões, faz nascer sentimentos, sugere usos e modifica tudo aquilo que não produz*”¹⁷¹⁶. Necessidades “naturais” e necessidades “artificiais”, demandas tradicionais e demandas “contemporâneas” (não raro trasladando para o Direito a máxima econômica de SAY, segundo a qual “*a oferta cria a sua própria demanda*”), todas elas detêm justiciabilidade nas democracias que asseguram pleno acesso à justiça. Daí que, com a profusão de sentidos e referenciais inerente à pós-modernidade e o declínio das solidariedades transclasses que estruturavam as identidades nacionais, a crescente instabilidade nas relações jurídicas privadas e públicas, perceptível objetiva e subjetivamente, passa a determinar um *boom* de litigiosidade que, a uma, distende os âmbitos tradicionais de controle dos juízes e, a duas, revela uma nova busca pelo Direito, agora lido como “*última moral comum numa sociedade que já não a possui*”¹⁷¹⁷.

1.5. Em segundo lugar, esse novo padrão supõe que os próprios juízes, ora entendidos como pessoas (seres pensantes e autônomos) — e não apenas como braços do Estado —, reconheçam-se como sujeitos que não se limitam a “dizer” o direito, mas que também o *constroem*, com maior ou menor liberdade, a depender da malha normativa predisposta para o caso (institutos, princípios e regras); em alguma medida, contudo, sempre o farão, dentro da “irreduzível margem de livre apreciação” que invariavelmente lhes estará afeta, na medida em que operam um sistema permeável a elementos

¹⁷¹⁵ Antoine Garapon, *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*, trad. Francisco Aragão, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, p.147.

¹⁷¹⁶ *O Guardador...*, p.148 (transcrevendo ALEXIS DE TOCQUEVILLE). V. também, na fonte francesa, *Oeuvres complètes...*, t. I, v. 2, pp.87 e ss.

¹⁷¹⁷ Garapon, *O Guardador...*, pp.148-149.

extrassistemáticos¹⁷¹⁸ (a que corresponde, na dicção de HART, a “*open texture of law*”¹⁷¹⁹). O juiz não é um cientista, nem lhe escusa a impossibilidade de um juízo seguro (seja pela imprecisão das pautas, seja pelas restrições do estado atual de conhecimento); ao contrário do cientista, está adstrito a um dever de resolução (= proibição do “*non liquet*”), pelo que “[t]em de aceitar o inevitável risco de insegurança para a jurisprudência dos tribunais”¹⁷²⁰. Daí que o ato de julgar já não se faz “*more geometrico*” (v. tópico 5.2, §18º e, *infra*, tópico 21.1), nem se pode mais contentar com ser previsível. Talvez sequer detenha genuína cientificidade. Para BENSAÏD,

“[o] julgamento não é uma competência profissional. É uma arte profana, em equilíbrio instável entre as tentações fundamentalistas renovadas de uma história sagrada e os abandonos resignados de uma história pós-moderna em migalhas, entre o refúgio ilusório da grande história e o prazer menor de contar pequenas histórias”¹⁷²¹.

É, com efeito, o que vínhamos de afirmar acima (tópico 11.1), ao tratar do paulatino abandono das grandes narrativas explicativas. Esses são os caminhos da justiça na pós-modernidade, em que “toda a gente pretende julgar toda a gente”: o justo encontra-se, afinal, nos trânsitos e nos reenvios entre o elemento jurídico, o histórico (macro ou microscopicamente) e o político, “*na relação especular que faz agitar este algo de inatingível e de estranhamente real que o século XVIII chamava ‘os costumes’, distintos das leis*”¹⁷²².

1.6. A tudo, porém, a correta medida. Reconhecer as muitas possibilidades que se abrem ao Poder Judiciário e às magistraturas, em ato e potência, com uma visão integrativa

¹⁷¹⁸ Canaris, *Pensamento...*, pp.114-124.

¹⁷¹⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp.121-122.

¹⁷²⁰ Karl Larenz, *Metodologia...*, p.414.

¹⁷²¹ Daniel Bensaïd, *Quem é o Juiz? Para acabar com o Tribunal da História*, trad. Madalena Poole da Costa, Lisboa, Instituto Piaget, 2000, p.267.

¹⁷²² *Idem*, pp.266-267. BENSAÏD tem em conta, em suas análises, sobretudo os grandes desafios judiciários da contemporaneidade, tal qual o julgamento de crimes contra a humanidade (a reboque da criação do Tribunal Penal Internacional), dos grandes ditadores (como no caso PINOCHET) e de regimes políticos históricos (como o “socialismo real” soviético). No entanto, as mesmas reflexões servem — guardadas as devidas proporções — para a questão do julgamento justo em vista das “pequenas histórias” do cotidiano dos litigantes, que a instrução processual busca sempre recompor e as sentenças fetichizam como “verdade” (v., *supra*, o §18º).

dos poderes do Estado (tópico 13.2), por um lado, e por outro — verso e anverso da mesma medalha — com aquela compreensão integrada das duas dimensões do “*due process of law*”, não pode significar a chancela pueril de uma nova plutocracia de gabinete (a tal “juristocracia”, altamente deficitária em legitimidade democrática), ou sequer a afirmação retórica de uma panaceia institucional para todos os desafios da litigiosa pós-modernidade. Com efeito,

“[a] [J]ustiza não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável para ninguém. A [J]ustiza não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política. A nossa velha cultura republicana, que gostava de fazer leis mas não as respeitava, e que regulava a prática das suas instituições sobre a hipóteses de uma ordem judicial fraca e subjugada, passou à histórica. Eis que os juizes, levados por um poderoso consenso, pretendem aplicar todas as leis [*rectius*: a Constituição e as leis] e exercer a plenitude da sua função”¹⁷²³.

Jurisprudência criativa não pode significar, em absoluto, inversão republicana. A nova hermenêutica constitucional e a sua correspondente atitude pós-positivista não se confundem com messianismo judiciário. Os espaços de lídima conformação legislativa devem ser identificados e respeitados. Ao juiz, por sua vez, compete acolher a máxima do “*no making a man a judge in his own case*” em sua mais larga extensão (o que implica não decidir de modo a fazer valer suas ideologias ou visões pessoais de mundo, se não lograr extraí-las razoavelmente do próprio sistema jurídico). No final, deverá decidir considerando todos aqueles interesses que, afetados, reclamam proteção jurídica, em exercício intelectual próximo àquele sugerido por LEONARD NELSON para a delimitação do justo¹⁷²⁴. Mas decidirá por uma *racionalidade material*, não por uma meramente formal.

¹⁷²³ Garapon, *O Guardador...*, p.283.

¹⁷²⁴ “Nunca ajas de tal maneira que não aprovasse tua ação se todos os interesses afetados fossem os teus”. Cf. Alf Ross, *Direito e Justiça*, pp.321-326. ROSS critica, porém, o viés “experimental” proposto por NELSON, basicamente pela impossibilidade de tamanho isolamento subjetivo e pela tautologia velada (“a justiça consiste em satisfazer aqueles interesses que estão justificados”); daí que “[s]omos obrigados [...] a dispensar o experimento e formular a exigência dizendo que o agente tem de ponderar todos os interesses segundo o peso de cada um em si, sem distinguir entre os seus e os de outras pessoas” (p.324).

1.7. Essa racionalidade material, que deita raízes no “*substantive due process*”, não pode ser lida sem um necessário referenciamento à dimensão do “*procedural due process*”. Nisso, precisamente, consistem as *interações sistêmicas* que o presente capítulo tenciona organizar, ao menos por aproximação. E, para tanto, o melhor critério é aquele que parte das **funções** mais relevantes do devido processo legal em um sistema jurídico aberto e móvel¹⁷²⁵. Passemos, pois, a esse esforço de elaboração teórica, a partir do didático escólio de ROSYNETE LIMA¹⁷²⁶. São funções do devido processo legal — tão históricas quanto atuais — as seguintes:

(a) o **controle do poder público**¹⁷²⁷, i.e., a estatuição constitucional de limites ao *poder público em geral* (e não apenas ao Poder Judiciário, como equivocadamente supunham alguns intérpretes do inciso LIV do artigo 5º da CRFB¹⁷²⁸), vedando-se ao Estado, *como primeiro e principal destinatário da norma*, a privação da liberdade ou dos bens da pessoa humana — e, logo, a privação de quaisquer de seus direitos fundamentais (“bens” em um sentido maior) —, sem a observância do “*due process of law*” (a se compreender integralmente, em suas dimensões substantiva e processual);

¹⁷²⁵ Canaris, *Pensamento...*, pp.103 e ss. e 127 e ss.

¹⁷²⁶ Maria Rosynete Oliveira Lima, *Devido Processo Legal*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp.214 e ss.

¹⁷²⁷ *Idem*, pp.214-224.

¹⁷²⁸ *Idem*, p.215, refutando particularmente as ilações de J. J. CALMON DE PASSOS (“O devido processo e o duplo grau de jurisdição”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, jan./mar. 1982, v. 78, n. 277, pp.01-07, especialmente p.02) e de GERALDO BRINDEIRO (“O devido processo legal”, in *Revista Consulex*, Brasília, Consulex, set./1997, n. 09, p.36), que circunscreviam a expressão constitucional “devido processo legal” à dimensão do *processo judicial*. No entanto, como objeta ROSYNETE LIMA — com um forte sentido de revisitação histórica do princípio —, “[a] norma constitucional [...] não traz esta limitação funcional”, sendo antes “*dirigida ao Poder Público como um todo, cujas autoridades, tanto do Poder Judiciário, quanto do Executivo e do Legislativo, podem limitar os direitos tutelados pela cláusula. Foi essa, inclusive, uma das preocupações dos colonos ingleses da América do Norte ao inserir a cláusula nas Constituições estaduais e na Constituição dos Estados Unidos da América. Em outras palavras, submeter o Estado, como titular do poder, à garantia do devido processo legal, significa proteger o cidadão contra o seu arbítrio*”. Logo, “*é preciso que [toda] a atividade estatal restritiva de direitos fundamentais atue de forma a resguardar o núcleo essencial do direito tutelado, sendo norteadada pelo devido processo legal substantivo, o qual se faz atuar por meio dos preceitos de razoabilidade e proporcionalidade*” (*idem*, p.218; v. também, *supra*, o tópico 12.2, n. IV). Daí que a “*due process clause*”, em acepção substantiva, é sobretudo identificada como *princípio de interdição da arbitrariedade administrativa e legislativa*, respectiva e notadamente na regulação das atividades econômicas e na elaboração das normas jurídicas (cf., e.g., Eloísa Carbonell, José Luis Muga Muñoz, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp.102 e 115; v. também, *supra*, o tópico 10.1 e o §14º).

(b) a **objetivação racional da interpretação**¹⁷²⁹, i.e., a tradução jurídica coerente de um farto arcabouço axiológico que diz com a compreensão harmônica do sistema jurídico (em especial nas colisões de direitos fundamentais) e com a garantia da justiciabilidade dos litígios, mirando uma *pauta semântica* discursivamente enunciável e cronologicamente estável, apta a informar a solução de “*hard cases*” nos contextos litigiosos da pós-modernidade (com o que se coíbe, ante o paulatino refinamento dos conteúdos da “*due process clause*” em sedes doutrinária e jurisprudencial, os meros voluntarismos judiciais; mas pelo que não se aspira, de qualquer sorte, a irrealizável elocução de interpretações *absolutamente corretas* no tempo/espaço¹⁷³⁰ ou *hermeticamente isoladas* das preconcepções de seu intérprete¹⁷³¹);

(c) a **parametrização do controle de constitucionalidade para além dos textos constitucionais**¹⁷³², i.e., a definição de “blocos de constitucionalidade” que não se atêm à

¹⁷²⁹ Rosynete Lima, *op.cit.*, pp.225-230. Nessa alheta, a “*due process clause*” funciona como “*guia de razoabilidade e proporcionalidade [...] por ocasião da tarefa de concordância prática entre os bens protegidos constitucionalmente, a fim de que eles obtenham uma máxima efetividade*” (p.228); e, ao fazê-lo, atende às necessidades da litigiosidade pós-moderna (*infra*, §23º), na medida em que o “razoável” recua em sua natural subjetividade e ganha contornos de objetividade jurídica: “*es ‘razonable’ el derecho que se presta a someterse a aquella exigencia de composición y apertura, es decir, el derecho que no se cierra a la coexistencia pluralista*” (Gustavo Zagrebelski, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p.147 [g.n.]; Rosynete Lima, *op.cit.*, p.230). Aliás, as próprias “novas gerações” de direitos fundamentais insinuam, em paralelo, um processo similar de “objetivação”, contrapondo a tendência liberal de individualização/subjetivação dos direitos, como aponta o mesmo ZAGREBELSKI em outra passagem: “*Esto [...] se confirma en las discusiones actuales sobre la inclusión en las Constituciones o en los documentos internacionales de la protección de nuevas aspiraciones colectivas vinculadas a la definición de nuevos parámetros de justicia en las relaciones humanas. Es el tema que aparece bajo el nombre, acaso demasiado fácil, de ‘nuevos derechos’ o ‘derechos de la cuarta generación’, en los que no resulta sencillo establecer si debe prevalecer el aspecto objetivo o el subjetivo de los derechos. [...] Por lo que respecta, por ejemplo, al ‘derecho a la paz’ o al ‘derecho al desarrollo’, no habría dudas de que el aspecto objetivo es el dominante, quizás incluso el único que tenga sentido. Pero para el ‘derecho al medio ambiente’ la cuestión no está tan clara*” (*op.cit.*, p.89).

¹⁷³⁰ V. Karl Larenz, *Metodologia...*, p.444: ““*Correcção*” não significa aqui uma verdade intertemporal, mas *correção para esta ordem jurídica e para este momento. Enquanto actividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter enunciados ‘correctos’, ou seja, adequados, a interpretação só é actividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência*”. Em sentido semelhante, ademais, veja-se KLAUS GÜNTHER, ao encampar DWORKIN (e sua “*integrity*”) e enunciar que a “melhor interpretação” é sempre aquela que consegue formar o contexto de justificação coerente mais agraçante, por integrar uma quantidade maior de juízos (inclusive antecipados — i.e., *sinépica*), valores e conteúdos dogmáticos, a partir de um “*conceito intersubjetivo do Direito*” (Klaus Günther, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*, trad. Cladio Molz, São Paulo, Landy, 2004, pp.404-414).

¹⁷³¹ V. tópicos 5.1, ns. XI e XII, 5.2 (*supra*) e 21.1 (*infra*).

¹⁷³² Rosynete Lima, *op.cit.*, pp.231-236. A autora cita, na jurisprudência brasileira, acórdão de 1976 em que o Tribunal Superior Eleitoral afastava a eficácia da norma do artigo 48 do Decreto-lei n. 314/1967 (Lei de Segurança Nacional), no que proibia, ao acusado da prática de crime contra a segurança nacional, o

expressa letra constitucional (e, logo, aos princípios e regras diretamente derivados daqueles textos), mas que, para além deles, revelam direitos fundamentais constitucionalmente adscritos (v., *supra*, nota n. 150), de ordem material e também de ordem processual, sendo esses últimos inerentes a uma compreensão integrativa do “*procedural due process*”, sugestiva de conteúdos que adiante apontaremos (*infra*, §33º), ;

(d) a legitimação da atuação criativa dos juízes (ou “ativismo”)¹⁷³³, i.e., a assimilação conceitual e funcional da ideia de que “[a] *interpretação e a criação judiciais não são [...] atividades antitéticas, já que o juiz, ao trabalhar com as normas, acaba por reproduzi-las, aplicá-las e realizá-las em novo e diverso contexto, de tempo e lugar*”; nessa ensancha, “[a] *garantia do devido processo legal aí se insere para servir de um canal para que valores e interesses não-protégidos pelo legislador [mas constitucionalmente consagrados ou adidos] possam penetrar no sistema jurídico*”¹⁷³⁴;

(e) a participação do jurisdicionado na produção do direito¹⁷³⁵ — convergindo para a **legitimação democrática do poder judicial** —, face ao reconhecimento de que os processos judiciais são *espaços públicos de diálogo* (em estrita acepção habermasiana) que

desempenho de qualquer atividade profissional, fosse pública ou privada (e, com mesmo espírito, o Decreto-lei n. 03/1966 já havia acrescentado, ao artigo 482 da CLT, parágrafo que considerava ser justa causa obreira “a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional”). O TSE afastava-a por inconstitucionalidade, ante a violação do princípio da presunção de inocência; mas o fez à luz da Constituição de 1967/1969, que *não referia expressamente* aquele princípio. Evocou, todavia, o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (*supra*, tópico 10.4.1), pela via do artigo 153, §36, do texto constitucional então em vigor. Ulteriormente, o STF desautorizou essa interpretação, sem porém excluir o princípio da presunção de inocência da ordem constitucional brasileira anterior a 1988 (v. STF, REEx n. 86.297, rel. Min. THOMPSON FLORES, j. 17.11.1976, in RTJ 79:671). E há poucos anos, com efeito, o próprio STF havia decidido naquele primeiro sentido, indiciário de um “bloco de constitucionalidade” não expresso no texto constitucional, em voto da lavra do Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, a manejar — sem o dizer explicitamente — a própria “*due process clause*” em sua dimensão substantiva (notadamente quanto à *capacidade de aprendizagem* da norma constitucional — v. tópico 12.2, n. IV): “*Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção. [...] O direito à vida de que fala o artigo 150 da Constituição evolui com os problemas do momento e depende dos temas que afetam o indivíduo ou a comunidade*” (STF, HC n. 45.232-GB, rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, j. 21.02.1968, in RTJ 44:322 e ss. [g.n.]; v., *supra*, a nota n. 1329, em que já estudamos esse julgado).

¹⁷³³ Rosynete Lima, *op.cit.*, pp.236-237.

¹⁷³⁴ *Idem*, p.236. Nesse rumo, como bem aponta a autora, vai a afirmação de ZAGREBELSKI de que o juiz deve buscar uma coexistência “dúctil” entre a legislação, os direitos e a justiça (Gustavo Zagrebelski, *op.cit.*, pp.153 e ss.).

¹⁷³⁵ *Idem*, pp.236-237.

devem integrar a burocracia judiciária e permitir a realização da *razão prático-moral procedimental* legitimadora das decisões políticas “*lato sensu*” (cf., *supra*, o tópico 11.1, n. IV, e *infra*, o tópico 23.1, n. II); nesses espaços dialógicos, o “*procedural due process*” confere densidade a uma série de direitos e garantias que habilitam o cidadão “*a participar plenamente dos direitos que lhe estão assegurados pela ordem constitucional global*”¹⁷³⁶, seja *processualmente* — como interlocutor ativo dotado da possibilidade de influenciar as decisões judiciais afetas ao seu interesse (e, logo, não mais um mero destinatário passivo da “norma do caso concreto”, à maneira da cosmovisão liberal-moderna) —, seja mesmo *materialmente* — sobretudo no manejo de instrumentos processuais idôneos para a tutela jurídica e a participação política de grupos minoritários ou marginalizados, alijados das estruturas e processos de poder (o que, aliás, justifica a característica marcadamente *contramajoritária* do Poder Judiciário)¹⁷³⁷; e, por fim,

(f) a **concretização dos direitos humanos fundamentais** — i.e., a sua realização no **plano da efetividade**¹⁷³⁸ — como **resultado da interação dinâmica entre as dimensões**

¹⁷³⁶ *Idem*, p.237.

¹⁷³⁷ *Idem*, p.236. V. ainda, com maior propriedade e assertividade, Luigi Ferrajoli, “O Direito como sistema de garantias”, in *O novo em Direito e Política*, José Alcebíades de Oliveira Jr. (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp.101-102. *In verbis*: “**Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endroits: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase ‘há tribunais em Berlim’: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. [...] Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos ‘democracia substancial’**” (g.n.).

¹⁷³⁸ O **plano da efetividade** concerne ao “cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (Annerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento” (Miguel Reale, *Lições...*, p.114). REALE não distinguiu, porém, entre *eficácia* e *efetividade* (pp.112-115), tomando-as por sinônimas. A nosso ver, os vocábulos designam coisas diversas, na medida em que a *eficácia* cinge-se mormente ao mundo do dever-ser, admitindo inclusive a modulação “*in abstracto*” pelo legislador (assim, e.g., na estatuição de uma “*vacatio legis*”), enquanto a *efetividade* pertence sobretudo ao mundo-do-ser, como um atributo eminentemente sociológico, mas que deve ser lido “*ex ante*” pelo intérprete/aplicador, em

formal e substantiva do “*due process of law*” (v., *supra*, o tópico 12.2), de modo que, em larga medida, assegurar o *devido processo formal* equivale a garantir o *devido processo substantivo*, no sentido da garantia da *ordem jurídica justa*, e vice-versa. Vejamos, ilustrativamente, com a questão do acesso à justiça.

Uma das concreções clássicas do devido processo legal formal é o princípio-garantia do pleno acesso à justiça, de que decorre o direito subjetivo público de levar pretensões materiais resistidas ao conhecimento dos órgãos jurisdicionais, independentemente do “*meritum causae*” (*infra*, tópico 26.1). Entende-se haver malferimento à garantia se, p.ex., os condicionamentos formais para a propositura de certa ação judicial não forem razoáveis (assim, e.g., prazos leoninos em sede de locações urbanas; v., e.g., Ac. TC n. 299/1995), ou se não corresponderem à complexidade da elaboração discursiva ou da apuração probatória que a pretensão material exige, porque em todos esses casos agridem-se limites dialógicos do “*substantive due process*” (= proporcionalidade). Pois bem. Supondo-se situação ideal em que o autor da ação atenda a todos os requisitos conformadores do direito subjetivo de índole material que está a reclamar, a decisão de *afastar* um obstáculo irrazoável ou desproporcional ao acesso à justiça terá significado, na prática, *assegurar-lhe o reconhecimento e a consequente fruição do direito*, como decorrência direta da salvaguarda do devido processo formal. Noutras palavras, os predicamentos do “*procedural due process*” também perfazem, em tais hipóteses, a garantia de que a pessoa não perderá sua liberdade ou seus bens contra as “leis da terra” (e, logo, convergem para o “*substantive due process*” — v., *supra*, o tópico 10.1.1). Essa correlação de sentido e efeito — encontrada em praticamente *todas* as concreções usuais do devido processo formal (v. §26º), e desde as primeiras digressões teóricas em torno da *Magna Charta Libertatum* (cf., *supra*, os tópicos ns. 8.2.3 e 8.2.4, em especial a nota n. 618) — é de particular agudeza quando estão em disputa *situações jurídico-subjetivas jusfundamentais*, porque em geral implicam contextos de colisão de direitos fundamentais (“*hard cases*”) que simplesmente *não se resolvem*, na

sintonia com os fundamentos e princípios constitucionais vigentes (= sinépica). Nesse sentido, aliás, é que BARROSO distingue entre a dimensão da *aptidão da norma para produzir seus naturais efeitos*, em menor ou maior escala (= eficácia), e a dimensão da *real produção* daqueles efeitos (= efetividade). V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp.247-248.

arena judiciária, senão pela apreciação dos limites imanentes e dialógicos do “*substantive due process*”.

De outra banda, é certo que os limites imanentes e dialógicos aplicam-se segura e perfeitamente a direitos e garantias processuais consectários do “*procedural due process*”, como afirmamos alhures (tópico 15.2, n. V, a partir de *BVerFGE* 34, 238) e retomaremos adiante (§§ 25º e 26º). Sobretudo as *regras processuais* — como aquelas relativas a prazos, iniciativas, modos e condições (Parte III) — sujeitam-se a juízos de ponderação (razoabilidade/proporcionalidade) e admitem inflexões; daí que, por dedução lógica (desde os lineamentos teóricos apresentados no tópico 12.2), não compõem o núcleo essencial irreduzível do “*procedural due process*”.

1.8. Tudo a revelar, enfim, que nenhuma das funções do devido processo legal completa-se ou explica-se idealmente sem uma remissão essencial à suposta “antípoda conceitual” da sua natureza predominante (“*substantive*” → “*procedural*” ∨ “*procedural*” → “*substantive*”). E a revelar, mais, que o “*procedural due process*” e o “*substantive due process*” são as duas faces de uma cláusula supralegal *indecomponível*, em que a incolumidade essencial do “*procedural due process*” é condição de realização do “*substantive due process*” e o “*substantive due process*” funciona como inafastável elemento de calibração do “*procedural due process*” (*supra*, tópico 14.1, n. II).

Daí GUINCHARD concluir, com respeito ao processo equitativo sob as lentes da CEDH (“*procès équitable*” — *supra*, §19º), tratar-se hoje, mais do que de uma garantia formal, sobretudo de um *direito substancial*, de índole constitucional autônoma e subsidiária, como produto final de uma expansão semântica “*du type du big bang*”¹⁷³⁹. Porque, afinal, já não se pode conceber, em tempos de pós-positivismo, um devido

¹⁷³⁹ V. Serge Guinchard, “*Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel?*”, in *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mélanges en l’honneur de G. Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 169 e ss. V. também Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, p.11, nota n. 4, e p.648, nota n. 1; Jean-Louis Bergel, “*Procédure et formalisme (l’expérience française)*”, in *Mélanges L. Mitsopoulos*, Athènes, [s.e.], 1993, t. 1, pp.33 e ss.; Damien Fallon, “*L’entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel*”, in *8º Congrès Français de Droit Constitutionnel (Atelier 7: Champ des mutations du droit constitutionnel - Aspects jurisprudentiels)*, Nancy, [s.e.], 2011, *passim* (disponível em <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/fallonT.pdf>, acesso em 29.12.2012).

processo formal que negligencie as dimensões materiais do justo; ou, na dicção de GUINCHARD, um processo equitativo que não colime promover a “justiça ideal”.

II

DIREITOS FUNDAMENTAIS E *“DUE PROCESS OF LAW”*

Capítulo 1

Processo e tutela de direitos

PARTE II

Direitos humanos fundamentais e “*due process of law*”

CAPÍTULO 1

PROCESSO E TUTELA DE DIREITOS

§ 21º. O ESTADO LIBERAL E AS LIBERDADES PÚBLICAS. O JUIZ IMPARCIAL

21.1. ESTADO LIBERAL E IDEOLOGIA. O JUIZ “ENUNCIADOR” DA LEI

I. Ao lado do “*due process of law*”, o Poder Judiciário e a própria Magistratura consolidam-se na Idade Moderna, como vimos durante todo o §9º (e notadamente no tópico 9.3). Isso desde logo revelaria, pelas influências políticas que originalmente a cunharam, *qual Magistratura* surge, “*pari passu*” com a hegemonia do direito legal-formal. Era o legado do **juiz “enunciador” da lei**, paradigma que ainda hoje influencia os corpos judiciários e é bem estimado pelos setores mais conservadores da política e da imprensa.

O paradigma do juiz enunciador da lei é aquele identificado na obra de MONTESQUIEU com a expressão “*le juge, la bouche de la loi*” (cf. *supra*, tópico 13.1, n. III). Ao magistrado não caberia nada mais que reproduzir, para o caso concreto, a vontade política que o legislador plasmou em textos normativos. Isso inclusive seria um aspecto indissociável do próprio sistema republicano: “*quanto mais o governo se aproxima da república, mais a maneira de julgar torna-se fixa*”, porque conformada a um regramento de conduta racional e positivo (“*De l’esprit des lois*”, L. VI, Cap. III).

Não se pode ignorar, a par da crítica que adiante formularemos, ser seguramente esse o modelo mais *confortável* para o homem por detrás da toga (e, como dito acima, especialmente atraente para aquele que não está confortável com suas próprias convicções morais, políticas ou ideológicas). A pessoa concreta não tem vontade e nem sentimento no ato de julgar: basta-lhe a lógica cartesiana das subsunções, enquadrando fatos de terceiros em “*facti species*” de engenho igualmente alheio (é a vontade objetiva do Estado), o que isenta o ser humano cognoscente de qualquer responsabilidade moral pelas decisões tomadas.

Essa lógica cartesiana, que se entendia perfeitamente aplicável à matéria judiciária, é a mesma que informa as matemáticas. O raciocínio que se esperava do juiz cingia-se ao cotejo de norma — derivada por excelência da *lei* — e fato; os *valores* não interessavam à Magistratura, porque a sua escolha cabia aos parlamentos. Cotejo, afinal, entre a *amostra* (da realidade) e o *molde* (da lei). Daí se dizer que, do juiz liberal e “neutro”, esperava-se tão só um raciocínio “*more geometrico*” (= “geometrização do Direito”). Essa visão de mundo (logo, uma *ideologia* como qualquer outra) fundava-se no *conceitualismo jurídico*, dominante a partir do século XVII, pelo qual o Direito não teria quaisquer conexões com a *experiência*: seria puro conceito, não devendo se apoiar em nenhuma entidade ontológica, fosse empírica ou ideal (= absoluta), fora dos conceitos ditados pela razão abstrata¹⁷⁴⁰. As raízes desse conceitualismo, encontramos-las no jusnaturalismo racional e em autores como GROTIUS, para quem a “verdadeira lei” é uma reta razão, congruente, perdurável, capaz de impulsionar a pessoa humana no sentido do cumprimento do seu dever. Essa “lei” seria universal, insuprimível e irrevogável, mesmo porque harmonizada com a vontade de Deus¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴⁰ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, pp.84-85. Na metódica jurídica, esse “ideal” remete sobretudo à chamada *interpretação enunciativa*, que também é um processo de determinação de regras jurídicas, mas que se caracteriza por “*limitar-se a utilizar processos lógicos para este fim*”, i.e., “*o intérprete limita-se [...] a enunciar uma nova regra que necessariamente deriva da anterior*”, omitindo-se quaisquer valorações (Oliveira Ascensão, *O Direito*, pp.469-470). Extraímos desse método a expressão e o paradigma que designa o tópico: a do **juiz “enunciador” (a partir) da lei**. De logo, porém, com o próprio ASCENSÃO, convém pontuar que “*em todos esses casos [de interpretações pretensamente enunciativas] há implícita uma valoração, ao menos com função de controle, que impede que se afirme que a nova regra se obteve por processos exclusivamente lógicos*” (p.470)...

¹⁷⁴¹ Hugo Grotius, *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*, trad. Ciro Mioranza, Ijuí: Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004, v. I, pp.40-41. Cf. também Luiz Felipe Netto de Andrade Sahd, “*Hugo*

Universalidade, imutabilidade, reta razão, congruência. Como tais valores poderiam informar a lei se o seu sentido pudesse variar no tempo e no espaço, conforme a vontade, a experiência e o entendimento de cada juiz? Não poderiam. A “reta razão” só será imutável e congruente se se tomar o Direito pelo que há de mais imutável e congruente no arco dos saberes humanos: a *matemática* (ou “as matemáticas”, no plural, considerando-se p.ex. que há, ao lado da geometria euclidiana, duas outras não euclidianas, a elíptica e a hiperbólica). Daí o recurso preferencial ao *silogismo* nas decisões judiciais, ainda que pósteros:

É claro que, “na prática”, todos sabemos que os juízes realmente *decidem*. Todavia, essas autênticas decisões, reveladoras do componente *volitivo* do ato jurisdicional, não devem ser admitidas como uma possibilidade legitimada pelo sistema. A solução é fazer com que o juiz simule a construção de um silogismo, para dar a impressão de que seu raciocínio seguira o modelo matemático¹⁷⁴².

A unificação dos raciocínios exsurge, pois, como função fundamental da razão¹⁷⁴³. Quanto mais consistente a razão, mais coerente e convergente a decisão judicial derivada da lei. E não há razão mais consistente que a matemática.

II. Isso tudo já foi largamente explorado no tópico 5.2. Mas agora importa observar, com maior proximidade, como isso se passa no campo do **processo**. OVÍDIO BAPTISTA oferece a respeito vários talhos indiciários da cultura jurídica formal-liberal ainda reinante na processualística contemporânea (cultura de fundo conceitualista, quando não puramente positivista). Exploraremos dois deles, no âmbito das tutelas processuais preventivas e do direito ao contraditório (que vimos de passar em revista, no §20º, conforme a jurisprudência de diversos tribunais constitucionais). Referem-se ao caso brasileiro, mas refletem um viés de cultura jurídica de feitio liberal-formal que se pode encontrar na generalidade dos sistemas nacionais de tradição romano-germânica: em alguns mais (como no português), noutros algo menos (como no alemão).

Grotius: direito natural e dignidade”, in *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, FFLCH/USP, fev./2006, n. 15, pp. 181-191 (especialmente p. 186).

¹⁷⁴² Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.115.

¹⁷⁴³ *Idem*, p.85 (citando CASSIRER).

Quanto ao *processo de tipo preventivo*, ressaltam-se as enormes dificuldades para a assimilação da ideia de uma *tutela preventiva autônoma*, genuína e consistente, que seja independente de qualquer demanda plenária. Quanto à condição de certeza do direito material que se quer tutelar, o legislador tem caminhado da probabilidade (o “*fumus boni iuris*” cautelar — artigo 789 do CPC) para a verossimilhança (exigida no Brasil para a antecipação dos efeitos da tutela de mérito — artigo 273, *caput*, do CPC)¹⁷⁴⁴, evoluindo numa escala “matemática” de maior rigor cognoscitivo criada para justificar distinções que ontologicamente não se sustentam. No dizer de BAPTISTA,

a introdução das “medidas antecipatórias” do artigo 273 do CPC, ao lado daquelas que a doutrina sempre tivera, embora não o fossem, como cautelares (arts. 798-799) — conservadas no sistema —, tem gerado grande embaraço à doutrina, pois tanto aquelas (fiéis à doutrina italiana) quanto estas, são provimentos antecipatórios, de modo que as cautelares de tipo italiano, e as autênticas liminares antecipatórias acabaram igualadas em nosso direito, tornando impossível aos fiéis seguidores de Calamandrei distinguir as medidas urgentes decretadas com fundamento no art. 798 daquelas outorgadas seguindo o artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁷⁴⁵.

Ademais, quanto à natureza das respectivas medidas, a legislação e a doutrina mais tradicional negam, à tutela antecipada, o caráter de julgamento antecipado da lide (tratar-se-ia, na dicção legal, de mera antecipação dos “efeitos” da tutela de mérito); e, quanto às cautelares, dispõe-se que o processo cautelar seja um “pedaço” do processo principal, de que deve depender inteiramente (v. o artigo 808, III, do CPC), porque somente no processo principal é que se poderia dizer com segurança a “vontade concreta da lei”¹⁷⁴⁶. O próprio artigo 796 do CPC pressupõe um procedimento cautelar “sempre dependente” do processo principal, o que se explica pela expectativa de juízos “*more geometrico*”, que não se arrisquem a interferir sem um padrão de certeza matemática. Ao juiz de feitiço liberal

¹⁷⁴⁴ Cf., por todos, Kazuo Watanabe, “*Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer — arts. 273 e 461 do CPC*”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo, Saraiva, 1996, v. 1, *passim*.

¹⁷⁴⁵ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.111. A confusão legislativa levou mesmo a que COSTA MACHADO sustentasse, no contexto brasileiro, a equivalência ontológica entre as medidas cautelares e as medidas antecipatórias dos efeitos da sentença de mérito. Cf. Antônio Cláudio da Costa Machado, “*Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.), São Paulo, Saraiva, 1996, v. 1, pp.215-231.

¹⁷⁴⁶ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, pp.98-99.

(enunciador da lei), senão excepcionalmente, “*não lhe será permitido julgar com apoio em juízos de verossimilhança, pois tais juízos corresponderiam, no máximo, à ‘provável vontade da lei’*”, transformando indevidamente em legislador aquele juiz propenso a proferir decisões de mérito antes de havê-las descoberto por inteiro¹⁷⁴⁷. Dar efeitos finais e satisfativos a algo antes mesmo de um título judicial pleno sobre o “*meritum causae*” feriria a garantia liberal da “*nulla executio sine titulo*”. Afinal, “[c]omo [...] alguma coisa provisória poderia ser terminal, autônoma, independente, no plano processual, sem que se causa na ‘justiça do juiz’?”¹⁷⁴⁸. A jurisdição se prestaria a regular o passado, não a decidir o futuro. Como poderia então, de modo autônomo, considerar, na dicção de RUI PINTO, “*atos constitutivos de um poder potestativo à constituição provisória de uma situação jurídica na esfera jurídica do requerido, idônea a remover o perigo de dano a um direito subjetivo ou interesse legalmente protegido, ainda que por constituir*”¹⁷⁴⁹?

E, nada obstante, o próprio sistema processual civil brasileiro herdou do Direito Romano a “*cautio damni infecit*”, própria do direito de vizinhança, com previsão no artigo 1280 do NCC, pelo qual “[o] proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente”. Não se trata de tutela processual preventiva e antecipatória, pautada no “*periculum in mora*”, que no entanto é também satisfativa, principal e autônoma¹⁷⁵⁰. Na Itália, com mesmas características, há o sequestro do bem dado em penhor, previsto no artigo 2793 do *Codice Civile*¹⁷⁵¹. E na Alemanha, ainda mais claramente, subsiste há mais de um século modalidade de *ação preventina genérica* (o “*Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch*”, para fins de injunção e remoção de ilícito), de caráter absolutamente autônomo, no artigo 1004 do *BGB*¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁷ *Idem*, p.111.

¹⁷⁴⁸ *Idem*, p.109.

¹⁷⁴⁹ Rui Pinto, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar: A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.703.

¹⁷⁵⁰ Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.100.

¹⁷⁵¹ *In verbis*: “**Art. 2793. Sequestro della cosa**. Se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandarne il sequestro (Cod. Proc. Civ. 670 e seguenti)”.

¹⁷⁵² *In verbis*: “**§ 1004. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch. (1)** Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der

Tudo a demonstrar que os pudores em se reconhecer uma tutela preventiva autônoma, dissociada de processos de cognição plenária e baseada em juízos de verossimilhança, derivam tão somente de um modo específico de ver o mundo, atrelado ao paradigma de um juiz enunciator (e não criador). Não decorrem objetivamente do modelo processual adotado nos países de tradição romano-germânica — mesmo porque as respectivas ordens jurídicas contemplam, senão genérica, ao menos especificamente, mecanismos autônomos de tutela processual preventiva —, nem dos imperativos constitucionais que regem a matéria processual.

III. O mesmo se dá quanto à *garantia do contraditório* (essa de índole constitucional, como visto, nos mais significativos sistemas jurídicos ocidentais). Impressiona o fato de que, no caso dos *títulos executivos* (notadamente os judiciais), o contraditório seja diferido para o momento dos embargos do devedor (artigos 736 a 739-A do CPC brasileiro), enquanto nos outros casos se identifique uma defesa quase fetichista de um contraditório prévio, pleno e intocável. BAPTISTA identifica essa distorção com a própria origem burguesa dos códigos liberais¹⁷⁵³, privilegiando a propriedade e os negócios. Tornadas excepcionais as medidas liminares de mérito sem prévio contraditório (tendência que se observou acerca do próprio artigo 273 do CPC), todos os procedimentos tornam-se “ordinários” (= “ordinarização” do sistema processual) — cognição exauriente e plenitude de defesa passam a se corresponder¹⁷⁵⁴ — e todo instrumento que fuja a esse padrão passa a ser visto como autoritário.

Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist”.

¹⁷⁵³ *Processo e Ideologia*, p.112.

¹⁷⁵⁴ *Idem*, p.114. A ideia é retomada com grande ênfase adiante, à p.128: “A imprudência cometida pelo legislador brasileiro ao inscrever em texto constitucional o pressuposto da ‘plenitude da defesa’ — exclusivo do processo criminal, na tradição do direito brasileiro —, eliminou as formas mais significativas do ‘princípio do contraditório’ reduzindo-o ao ‘contraditório prévio’, próprio da ordinariade, ou seja, limitou o campo de nosso direito processual apenas ao procedimento da actio romana. [...] Aos menos atentos, porém, é bom recordar que essa redução não alcança os privilégios de que é fértil o sistema brasileiro, limitando-se a ‘ordinarizar’ exclusivamente o procedimento plebeu, regulado pelo Código, sem interferir na legião incontável de ações e procedimentos privilegiados que gravitam ao redor do sistema, através de leis extravagantes. Essa é uma marca ideológica impagável”. Veja-se p.ex., no Brasil, o DL n. 911/1969, que permitiu aos proprietários fiduciários — em geral bancos e financeiras — a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, que é “*processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior*” (artigo 3º, §8º, na numeração da Lei n. 10.931/2004), com possibilidade de medida liminar e um espectro contraditório que originalmente se restringia ao direito de alegar o “*pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais*” (artigo 3º, §2º, na redação original), o que reputávamos inconstitucional (G. G.

A própria urgência nas tutelas preventivas justifica e autoriza, do ponto de vista constitucional, hipóteses de *contraditório eventual* e *diferido*¹⁷⁵⁵. No contraditório diferido, conquanto as posições das partes não se alterem, o juiz está autorizado a desde logo julgar o mérito da causa ou da questão, sob a forma de uma decisão provisória, com inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas *após* a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante (assim, *e.g.*, ao tempo da sentença final de mérito, tanto nas liminares cautelares como nas liminares antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito). É o que se passa com as antecipações dos efeitos da tutela de mérito (artigo 273 do CPC), conquanto alguns entendam que o seu deferimento “*in limine litis*” (i.e., antes do contraditório) deveria ser excepcional. Engano: a rigor, **as antecipações de tutela são de cognição “*prima facie*” e têm natureza executiva, trasladando para o direito brasileiro a tutela interdital desenvolvida pelos romanos a partir do período formulário** (*supra*, tópicos 7.3.3. e 7.4). Mas, a fim de manter a coerência retórica do sistema (não a lógica, diz BAPTISTA¹⁷⁵⁶), tais decisões são formalmente vazadas em decisões interlocutórias, internalizadas em um processo maior que caminha para uma sentença final, mais ampla e definitiva (“ordinária”).

No contraditório eventual, ao revés, não se invertem fases processuais, mas as posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o ora para uma ação incidental (vejam-se, *e.g.*, os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais), ora para uma ação independente, de caráter geral ou especial (o que se dá, *e.g.*, nas ações possessórias, nas ações de desapropriação e outrora na busca e apreensão do DL n. 911/1969).

O próprio legislador federal ordinário poderia regular tais hipóteses com maior regularidade e generosidade, visando um sistema processual infraconstitucional mais compromissado com a celeridade e a efetividade. É, aliás, precisamente essa a sede onde os princípios constitucionais — na espécie o devido processo legal, na sua dimensão

Feliciano, *Tratado...*, *passim*). No entanto, os peremptórios termos do antigo parágrafo 2º do artigo 3º foram eliminados pela Lei n. 10.931/2004 (já a destempo, diga-se: mais de quinze anos após a promulgação da CRFB/1988). Voltaremos a isso no tópico 28.1.

¹⁷⁵⁵ Cf. Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, pp.151-164.

¹⁷⁵⁶ *Idem*, p.153.

substantiva (modulando a dimensão adjetiva) — cumprem melhor o seu papel *normogenético*. O mesmo se esperaria, outrossim, nas chamadas “tutelas de evidência”: fere a razoabilidade e o próprio princípio da cooperação processual que, sendo evidente o direito e a sua violação, goze ainda o devedor do direito de somente ser instado a honrá-lo após deduzir toda a sua defesa, com todos os “*recursos a ela inerentes*” (artigo 5º, LV, da CRFB), a despeito do tempo que assim se consumirá. No processo laboral brasileiro, é o que hoje se vê em relação a empresas tomadoras de serviço que se recusam a quitar o débito rescisório líquido, por um suposto benefício de ordem (v. Súmula n. 331, IV, do TST), embora em audiência já admitam a demissão do empregado, a inadimplência rescisória e o estado pré-falimentar da empresa prestadora¹⁷⁵⁷.

Não parece ser esse, entretanto, um caminho convicto para o legislador brasileiro, que avança em certos aspectos, mas retrocede em outros. Especificamente quanto a esse ponto, o PL n. 6.025/2010 (Câmara dos Deputados), que aprova o novo Código de Processo Civil brasileiro, pretende introduzir no sistema processual civil brasileiro a obrigatoriedade de se oportunizar a manifestação prévia da parte interessada antes de qualquer decisão judicial que possa afetar o seu interesse (artigos 9º, 10, 301, 469, par. único, etc¹⁷⁵⁸), *inclusive* em casos de matéria de cognição incondicionada (= conhecimento “*ex officio*”). Onde o contraditório é hoje *diferido* (à luz do CPC em vigor), sem maiores transtornos (mesmo porque resta amiúde o recurso à instância seguinte), passaria a ser *obrigatório, prévio e pleno*. Outra vez o fenômeno da “ordinarização” procedimental — agora no regime

¹⁷⁵⁷ Em casos como esse, no exercício da jurisdição, temos invocado a norma do artigo 273, I, do CPC para determinar à empresa tomadora, em prazo curto e razoável, o depósito judicial do valor da rescisão, para imediata liberação ao trabalhador, sob pena de constrição patrimonial antecipada para esse fim (inclusive com bloqueio eletrônico de contas correntes bancárias). Cf., e.g., o Processo n. 00561-2008-009-15-00-0, da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP, e tantos outros semelhantes, em que figurava como empregadora a empresa Estrela Azul Serviços de Vigilância, Segurança e Transporte de Valores Ltda. — então em fase de recuperação judicial (i.e., estado pré-falimentar) — e como tomadores de serviços diversas instituições bancárias estabelecidas na jurisdição. Em grau de recurso ou *mandamus*, o tribunal regional ora manteve tais decisões, ora as reformou, total ou parcialmente; e, quando as reformou, não raro o fez ao argumento singelo de que a execução provisória, no processo do trabalho, vai apenas até a penhora (artigo 899 da CLT e Súmula n. 417, III, do TST)...

¹⁷⁵⁸ Os preceitos citados consideram a redação aprovada no Senado Federal (PLS n. 166/2010). No artigo 10, e.g., lê-se que “[o] juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”. Essa redação foi parcialmente atenuada no relatório-geral do Senador VALTER PEREIRA (PMDB), que propôs acrescentar, em parágrafo único, os seguintes dizeres: “O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307”. Não se resolve, porém, a questão das objeções processuais.

jurídico de solução das objeções processuais —, tornando o processo mais burocrático e menos efetivo. Faz todo sentido pensar em contraditório obrigatório, prévio e pleno antes da aniquilação objetiva de direitos materiais, mormente em sede administrativa, como observado em vários arestos acima examinados (notadamente nos tópicos 20.3 e 20.4); mas torná-lo a regra ao ensejo de qualquer ato judicial decisório, ainda que sobre matéria processual, parece conter desproporcionalidades. A simples positivação do princípio da cooperação (artigo 5º do projeto) comandaria melhor a questão, sem quaisquer outros preceitos, apreciando-se caso a caso a necessidade de um contraditório prévio eventual.

IV. Em verdade, todas essas dificuldades de concepção antes residem na cultura judiciária dominante do que propriamente na resistência do legislador ordinário (que, viu-se, avança em marcha vagarosa, mas avança). Isso porque haveria muitos caminhos hermenêuticos para se “redescobrir” um processo liberto das amarras liberais. Caminhos que, embora episodicamente revelados (tópico 1.1, n. VII), não são amiúde trilhados. É que a concepção do direito liberal-formal coloniza o pensamento jurídico, a partir das universidades e das próprias escolas de magistratura. Forma-se o juiz enunciador da lei, que não precisa e nem quer buscar alternativas para o modelo tradicionalmente dado, e que não tem maiores compromissos com a renovação da ordem jurídica processual para a efetiva garantia da ordem jurídica material. *Apesar* da tutela processual interdita introduzida pela Lei n. 8.952/1994 no CPC (nova redação do artigo 273), juristas e juízes são reticentes em deferi-la antes de aparelhar o contraditório (o que significar “ordinarizar” a tutela preventiva ou de evidência)¹⁷⁵⁹, perfilhando pontos de vista restritivos que ecoaram até mesmo no STF¹⁷⁶⁰. *Apesar* do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799 do

¹⁷⁵⁹ Para BERMUDEZ, “[o] juiz, todavia, em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185), se feito em petição avulsa” (Sérgio Bermudes, *Inovações do CPC*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p.13).

¹⁷⁶⁰ O finado Min. MENEZES DIREITO, antes de ser nomeado para o STF, assim decidira no STJ: “*Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a “prova inequívoca”, a “verossimilhança da alegação”, o “fundado receio de dano irreparável”, o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, ademais da verificação da existência de “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do ‘fumus boni iuris’ e do ‘periculum in mora’ malfeire a disciplina do artigo 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador*

CPC, juízes têm preferência pelas ações cautelares nominadas — porque a descrição legal dos pressupostos facilita o trabalho intelectual, reduzindo-o à mera subsunção formal — e juristas não concebem que o poder geral de cautela possa ser exercitado “*ex officio*” (o mesmo se dando com a tutela antecipada, mesmo em casos de incontrovérsia real ou ficta do pedido, e apesar do que dispõe o par. 6º do artigo 273 do CPC).

O perfil do juiz enunciador da lei corresponde, afinal, àquele perfil que ROMANI identificou como o do “juiz dogmático”: o seguidor do método do culto ortodoxo da lógica formal-abstrata ditada pelo legislador, que — na dicção do autor — “*em nada contribui para o Direito novo, próprio do pretor urbano da antiga Roma, mais próximo a cada tempo da verdadeira justiça, aquela coerente com os direitos naturais do povo, que é o mais legítimo credor da prestação jurisdicional*”¹⁷⁶¹. Mesmo na análise constitucional, guia-se amiúde — disso consciente ou não — pela *hermenêutica originalista* da tradição norte-americana (a que metodologicamente corresponde, *grosso modo*, a “teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito” de BOBBIO¹⁷⁶²), que pressupõe (i) o absoluto respeito à letra do texto constitucional e à vontade histórica do constituinte; (ii) o exclusivo manejo, pelo intérprete/aplicador, de “princípios neutros” — dir-se-ia quase formais —, como o princípio da legalidade estrita e o princípio da isonomia formal, que não lhe impõem acessar elementos extrassistemáticos (como imporiam, *e.g.*, princípios ou fundamentos como “valor social do trabalho”, “dignidade da pessoa humana” ou “democracia econômica e social”); (iii) a circunscrição tópica da atividade hermenêutica ao previsto como possível pelo constituinte histórico, sob pena de malferimento à soberania popular (que acometeu às assembleias constituintes — e não aos tribunais — a elaboração da Constituição); e (iv) a

para a salutar inovação trazida pela Lei 8.952/94. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 131.853, 3ª T., rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).

¹⁷⁶¹ Dagoberto Romani, “O juiz, entre a lei e o direito”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./1998, n. 633, p.236.

¹⁷⁶² Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, pp.211-222 e 237. Com BOBBIO, bem se entende que essa perspectiva — comum ao conceitualismo e aos vários positivismos — reconhece na jurisprudência “atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado” (p.211). De nossa parte, ajustar-nos-íamos ao que BOBBIO designa como “gnosologia de tipo realista” (porque tributária do “realismo jurídico”): o ato de julgar “consiste numa atividade que é também criativa ou produtiva de um novo direito, ou seja, no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir” (pp.211-212).

renúncia à ideia de discricionariedade hermenêutica (i.e., o juiz não tem “vontade” no ato de julgar, nem lhe é dado modificar ou “atualizar” os textos constitucionais)¹⁷⁶³.

Tal perspectiva reverencia um mundo estereotipado que arrebatou o pensamento político até os oitocentos, mas depois foi superado. Deste ponto, convém sacar a crítica específica.

21.2. CRÍTICA: A “*DUE PROCESS CLAUSE*” ENTRE A JUSTIÇA E A DEMOCRACIA

I. No tópico 5.2, já antecipando a presente crítica, dizíamos que na verdade todo ato de julgar consubstancia um *ato de vontade comunicativa* (e, mais, um *ato de criação*), em que o juiz externaliza inclusive suas convicções e ideologias (ainda que essa ideologia seja o entendimento de que deve apenas “reproduzir” a vontade histórica do legislador). A dicção da chiovendiana “vontade concreta da lei” depende da *vontade subjetiva* do magistrado, o que explica e justifica as inflexões do “*procedural due process*” descritas no tópico 1.1 — muitas das quais já assimiladas ou em vias de assimilação pela jurisprudência dos tribunais superiores —, que não se viam há trinta e cinquenta anos (e, diga-se, plasmadas sob as mesmas leis). Daí porque aderíamos a KAUFMANN e recusávamos a hipótese do juiz autômato da lei, destituído de vontade juridicamente relevante. Isso porque a hipótese é fenomenicamente *impossível*: há que reconhecer, com BOBBIO, que

“a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶³ Cf. Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p.101.

¹⁷⁶⁴ Norberto Bobbio, *O positivismo...*, p.237.

E destacávamos, no mesmo encalço, que a *segurança jurídica* não se obtém com a automatização dos juízos, mas com o reconhecimento dogmático dos *limites* do sistema, a serem esclarecidos e estabilizados de modo racional e discursivo, sem prejuízo da mobilidade e da abertura sistêmicas. Daí ser dado ao magistrado expressar-se como ser sociopolítico, sem renunciar às suas convicções pessoais e aos elementos de cultura que configuraram sua visão de mundo. É um seu *direito*:

“los miembros de la judicatura gozarán de las **libertades de expresión, creencias**, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (princípio n. 08 dos *Princípios Básicos relativos à Independência da Judicatura* — ONU, 1985 [g.n.]).

E, em certo sentido, é também um *dever*. O seu “**sentimento de direito**” (“*Rechtsgefühl*”) deve provir de sua visão de mundo, para transparecer como tal, no plano discursivo, ao tempo e modo da decisão que prolata (artigo 93, IX, da CRFB). Eis, afinal, o que assegura ao Poder Judiciário o seu gradiente de *democracia*, notadamente nos países em que o ingresso na Magistratura não se dá por eleições gerais (como em geral nos países de “*common law*”, sob mandatos vitalícios ou temporários), mas por concursos públicos ou outros modos seletivo-meritórios de acesso (como em geral nos países de “*civil law*”, em que de regra se seguem carreiras profissionais).

II. A concepção do “*judicial law-making*” não é, de resto, antimajoritária ou antidemocrática, como geralmente se supõe e inclusive se sustenta em espaços acadêmicos¹⁷⁶⁵. As orações acima negritadas já revelam os elementos pelos quais a atividade jurisdicional logra democratizar-se e reinventar-se a todo tempo:

(a) a **liberdade de convicção técnico-jurídica** (a Democracia pressupõe a pluralidade, e o que garante ao cidadão que o mais humilde juiz do mais distante rincão não estará tecnicamente vinculado à visão de mundo e direito que domina na

¹⁷⁶⁵ Cf., e.g., John Hart Ely, *Democracy...*, 1980, *passim*; ou ainda, *supra*, Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, *passim* (v. tópico 13.3).

mais alta corte judiciária do país é a sua liberdade de convicção técnico-jurídica: suas decisões não se sujeitam a um modelo autocrático e antidemocrático de reprodução mecânica de súmulas de jurisprudência, a não ser por expressa ressalva constitucional¹⁷⁶⁶);

(b) a publicidade das decisões (a Democracia pressupõe a possibilidade de controle público da autoridade constituída, para cujo fim não há melhor instrumento que a irrestrita publicidade dos atos de império, vicejante em praticamente todos os sistemas judiciários, a não ser por expressa ressalva constitucional¹⁷⁶⁷);

(c) a fundamentação das decisões (a Democracia pressupõe informação e contraditório, para o que é indispensável, nos sistemas judiciários em geral, que os interessados conheçam e compreendam as razões pelas quais a pretensão deduzida foi ou não acolhida).

Observe-se que todos os atributos acima reportados — liberdade de convicção técnico-jurídica (vinculada à própria ideia de independência judicial), publicidade processual e fundamentação judicial — são corolários do “*procedural due process*”. Não é demais afirmar, portanto, que a “*due process clause*” é, por assim dizer, uma das vigas-mestras de sustentação dos regimes democráticos contemporâneos.

Mas não é só. Contrapondo essa mesma objeção acerca do caráter antidemocrático e antimajoritário de um sistema judiciário com aptidões criativas (aliás, “*a mais grave de todas*”), CAPPELLETTI vai além e esclarece, a propósito, o seguinte:

(d) a rigor, mesmo os poderes normativos exercitados pela Administração Pública e pelos parlamentos não gozam, em termos realmente autorais, de plena legitimidade democrática, já que geralmente a atividade normativa é capitaneada por “colégios de burocratas” e condicionada por uma série de alianças e subserviências políticas que

¹⁷⁶⁶ Como se deu, no Brasil, com o advento da EC n. 45/2004 e a instituição das súmulas vinculantes no âmbito do STF (artigo 103-A da CRFB).

¹⁷⁶⁷ No Brasil, artigo 5º, LX, da CRFB, conferindo legitimidade ao artigo 155 do CPC.

não têm qualquer respaldo no voto popular (sequer indiretamente, já que são funções constitucionais indelegáveis). São os juízes, ao revés, os que em tese logram guardar dessas ingerências políticas e burocráticas a distância mais segura, já que pouco dependem de conjunturas políticas e arranjos administrativos (ao menos nos países com carreiras de magistratura) e podem se manter à margem de tais influências sem quaisquer prejuízos;

(e) a absoluta hegemonia da vontade das majorias será, as mais das vezes, um grave sintoma *antidemocrático* (vejam-se, p.ex., os episódios de totalitarismo¹⁷⁶⁸ e de populismo caudilho do século XX). São os juízes, ao revés, os que têm a missão constitucional de resguardar os direitos e interesses das *minorias* — particularmente no que diga respeito às dimensões da jusfundamentalidade —, de modo a poder “*frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias*”¹⁷⁶⁹;

(f) a própria *acessibilidade* dos juízes à população, institucional e sociologicamente, seja por imperativo constitucional (artigo 5º, XXXV, da CRFB) ou pela maior capilaridade orgânica dos corpos judiciários, tende a tornar o Judiciário um poder mais democrático e dialógico, desde que obviamente haja permeabilidade pessoal e cultural a essas experiências¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁸ A respeito, veja-se, por todos, Hanna Arendt, *As Origens...*, *passim*.

¹⁷⁶⁹ Mauro Cappelletti, *Processo...*, p.22.

¹⁷⁷⁰ CAPPELLETTI reproduz dizeres de S. M. HUFSTEDLER, no sentido de que, “*enquanto resulta quase impossível a muitos não potentados o acesso aos gabinetes dos parlamentares ou às salas deliberativas de muitos órgãos administrativos, ‘a chave para abrir a porta de um Tribunal’ consiste num simples ato de citação*” (*Processo...*, p.22). Não se trata aqui, obviamente, do paradigma do “juiz que vai às ruas” (ultimamente muito festejado, mas ainda incongruente com realidades sociológicas de juízes encastelados nos fóruns ou entrincheirados em corporações). Trata-se, sim, de uma estrutura pensada para fazer vir o grito das ruas aos recintos dos tribunais, sobretudo mais recentemente, como resultado do movimento pelo acesso à Justiça (cf., por todos, Cappelletti, Garth, *Acesso à Justiça*, pp.31 e ss., com as três “ondas” do enfoque do acesso à justiça).

III. Em realidade, o que distingue a atividade legislativa da atividade judicante não é a sua criatividade substancial, mas o *modo* como ela é engendrada¹⁷⁷¹. Os parlamentos legislam a partir de *inputs* de diversas naturezas (políticos, sociais, econômicos), mas tendencialmente *difusos* e *abstratos* (na medida da sanidade do próprio sistema legislativo, i.e., da sua maior ou menor suscetibilidade à ação de corruptores, *lobbys* e grupos de interesses não classistas). Os juízes, ao contrário, desenvolvem o “*judicial law-making*” a partir de *focos concretos* (modelo de “*cases and controversies*”) e em “*regime de soberania vinculada*” (CARNELUTTI), o que implica, segundo CAPPELLETTI, (i) uma perspectiva inercial (“*nemo iudex sine actore*”); (ii) uma perspectiva de limitação objetivo-subjetiva ao âmbito de controvérsia definido pelas próprias partes (“*ne eat iudex ultra petita a partibus*”); e (iii) uma perspectiva necessariamente dialética (“*audiatur et altera pars*”)¹⁷⁷².

Mais uma vez, aparecem os atributos clássicos do “*procedural due process*”, desdobrando uma importante constatação: **os conteúdos formais da “*due process clause*” constituem, a um tempo, a substância que dá *identidade* à atividade judicial “criativa”** (em relação p.ex. à legislação) **e também aquela que, dimensão política, *justifica-a democraticamente***. Para a Democracia, portanto, o devido processo legal cumpre concomitantemente — mas não exclusivamente, por óbvio — os papéis de *causa eficiente* (porque a sustenta endógena e exogenamente), de *causa formal* (porque justifica-a e nela se justifica) e de *causa final* (porque deve ser dela um objetivo).

A hipótese de um Poder Judiciário não criativo, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais circunstâncias, torna-se irrelevante a maior ou menor acessibilidade à população (instrumental ou sociologicamente). A Magistratura torna-se

¹⁷⁷¹ Cf. Otto Bachof, “*Der Richter als Gesetzgeber?*”, in *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1977, pp.177-192. Problema que, a propósito, o autor reconhece como *universal* (p.178), paralelo àquele mesmo da eficácia declaratória ou constitutiva (“*deklaratorische oder konstitutive Wirkung*”) das decisões que reconhecem, em caráter “*principaliter*”, a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais (p.187).

¹⁷⁷² Mauro Cappelletti, *Processo...*, p.17.

incapaz de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das maiorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro, na exata medida em que “[o] *Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias [...]*”¹⁷⁷³. Daí porque, estresindo SCHWARTSMAN, “[u]ma boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes”¹⁷⁷⁴.

Assim, reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, na verdade, retirá-lo do jogo de “*checks and balances*”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais que isso, é manietar o próprio “*procedural due process*”, por combalir a independência judicial. Afinal,

“a independência do juiz há de ser compatível com sua configuração humana como sujeito de capacidade plena, de preocupações pela justiça que vão além de seu exercício profissional, e como titular de todos os direitos que a lei não lhe restrinja ou suprima em atenção a razoáveis medidas de incompatibilidade. Falamos, pois, de **um juiz não facilmente domesticável, não mudo, nem mais diminuído em seus direitos do que o indispensável**”¹⁷⁷⁵.

Ademais, é seguro que o postulado “*in claris cessat interpretatio*” já não se põe, em absoluto, no direito contemporâneo. Não há lei, por mais clara ou detalhada que seja, capaz de recusar ao intérprete/aplicador um mínimo exercício de criatividade e construção semântica. O que se deve discutir hoje, afinal, já não é a *legitimidade* da criação judiciária, mas — seguindo ainda CAPPELLETTI — o *grau*, o *modo*, os *limites* e a própria

¹⁷⁷³ Lúcio Kowarick, “*Centro de cobra*”, in *O Estado de S. Paulo*, 29.01.2012, p.J-3.

¹⁷⁷⁴ Hélio Schwartsman, “*Tão perto, tão longe*”, in *Folha de S. Paulo*, 27.01.2012, p.A-2. Adiante, por constatar que “*a aplicação mecânica de regras (ainda que razoáveis) pode engendrar verdadeiros absurdos*”, o articulista pontua, sobre os paradoxos entre a lei formal e a realidade em seu entorno, que “[a] solução [...], além de rever e aprimorar continuamente os protocolos, é deixar que as pessoas usem o seu bom-senso. Na média, ele mais acerta do que erra. [...] Essa ao menos foi a aposta da natureza, ao dotar os humanos de cérebros capazes de comportamento flexível, isto é, de responder de forma diferente a diferentes situações”.

¹⁷⁷⁵ Francisco Tomás y Valiente, “*Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*”, in *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p.163 (g.n.).

aceitabilidade social da criação do Direito pelas cortes judiciais¹⁷⁷⁶. O que significa discutir, no marco desta Tese, *como e quanto* o “*substantive due process*” pode, em “criando”, *inpletir* o “*procedural due process*”.

§ 22º. O ESTADO SOCIAL E AS FUNÇÕES SOCIAIS DO ESTADO. O JUIZ ENGAJADO

22.1. A “QUESTÃO SOCIAL” E OS DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIMENSÃO). PRINCÍPIO DA ISONOMIA E CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: ENFOQUES

I. Após o advento da primeira revolução industrial (da energia térmica à base de carvão e do desenvolvimento do setor fabril), ainda no século XVIII, as sociedades civis dos Estados por ela alcançados experimentaram os primeiros sinais de desconforto dos grupos sociais que foram subalternizados nas relações de trabalho típicas do novo segmento econômico em expansão. Deflagrada a segunda revolução industrial (da substituição do ferro pelo aço e do emprego da eletricidade e dos derivados do petróleo), já em finais do século XIX, aquele desconforto converteu-se no que se convencionou designar como a “*questão social*”, tributária da combinação de diversos fatores socioeconômicos: os vertiginosos processos de urbanização e de industrialização, o paulatino empobrecimento do proletariado e a formação de uma “consciência de classe” entre os proletários, entre outros menos relevantes. Dito em termos mais descritivos, o êxodo rural e as péssimas condições de trabalho para adultos e “meias-forças”¹⁷⁷⁷ ao longo de décadas determinaram

¹⁷⁷⁶ Mauro Cappelletti, *Processo...*, p.16. Pouco antes dizia que “[e]ssas reflexões, que poderiam, talvez, parecer revolucionárias há mais de um século, hoje não apresentam nada de novo”.

¹⁷⁷⁷ De acordo com o célebre relatório do médico LOUIS-RENÉ VILLERMÉ (“*Tableau de l’état physique et moral des ouvriers*”, 1826), só vinte e sete por cento dos filhos de operários chegavam a completar dez anos. As condições de trabalho nos arredores de Paris foram descritas com crueza: das crianças, disse-as “*pálidas, nervosas, lentas nos movimentos, paradas no olhar*”; os homens, descreveu-os “*curvados catorze a dezesseis horas por dia sobre os teares, e mesmo até dezessete*”, ativando-se sob “*uma nuvem espessa de poeiras irritantes e de pêlo de algodão, que se deposita sobre eles, que se cola sobretudo ao vestuário de lã, aos cabelos, às sobancelhas, às pálpebras, à entrada dos ouvidos, às narinas [...], [adentrando], além disso, no nariz, na boca, na garganta e, ao que parece, nas vias respiratórias*”. O trabalho infantil diário era comumente exigido pelo tempo médio de 14 a 17 horas. Na indústria têxtil britânica, as aprendizagens começaram aos sete anos e em certas localidades as crianças trabalhavam desde os quatro ou cinco anos, se já

a formação de um proletariado pobre e adoecido nas cidades, que passou a se perceber como classe alijada do bem-estar social e se pôs a protestar, de modo coletivo e organizado, contra um estado de exploração percebido empírica e/ou ideologicamente. O contrafluxo cultural, engendrando conflitos de rua, ocupações de estabelecimentos e interrupções na produção industrial, chegou a ser percebido como uma ameaça às ordens jurídicas constituídas (o que explica, no Brasil, a frase “*a questão social é uma questão de polícia*”, falsamente atribuída ao último presidente da República Velha, WASHINGTON LUÍS).

Em leitura pós-marxista, a questão social foi descrita como o conjunto das expressões das desigualdades da sociedade capitalista madura, com uma raiz comum: a produção social feita cada vez mais coletiva, o trabalho tornado mais amplamente social e a apropriação dos seus frutos mantida privada, monopolizada por uma parte ínfima da sociedade¹⁷⁷⁸. Suas características sociológicas mais evidentes foram (1) a origem em uma perturbação no corpo social; (2) o efeito danoso de tal perturbação para um ou mais grupos sociais identificáveis; (3) o caráter coletivo e prolongado (e não individual ou transitório) de irrealização do bem comum; e (4) o ideal de identificação e superação das causas daquelas perturbações, com vista à realização do justo social na totalidade da sociedade¹⁷⁷⁹.

II. No plano das ideias, e não sem consequências, esse estado de coisas provocou uma incontida erosão nas bases políticas e lógicas do pensamento liberal reinante desde as revoluções burguesas (cf., *e.g.*, o tópico 10.2). Nessa nova articulação do ser-no-mundo, a *ausência do Estado*, sentida como um bem pelas doutrinas liberais, passou a ser percebida como um mal. Porque, à diferença dos pressupostos históricos que fundaram o liberalismo, no microcosmo das novas relações sociais o sujeito opressor já não era o Estado, mas um outro sujeito privado (o empregador ou o tomador de serviços); e, no seu macrocosmo, as necessidades ingentes já não eram mais aquelas ligadas às liberdades (ir e vir, pensar,

fossem capazes de atenção e obediência. Era ainda comum, nos segmentos de tecelagem, calçados e indumentária, que o trabalho fosse prestado em domicílio, em cômodos pequenos e quentes, pouco adaptados à rotina fabril e com remuneração por unidade de obra. A isso dava-se o nome de “*sweating system*” (“sistema do suor”).

¹⁷⁷⁸ Marilda Villela Iamamoto, *O serviço social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional*, 2ª ed., São Paulo, Cortez, 1999, p.27.

¹⁷⁷⁹ Veja-se a respeito AMAURI MASCARO NASCIMENTO (*Curso de Direito do Trabalho*, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p.10), citando UTZ.

resguardar-se, expressar-se), mas outras bem diferentes, ligadas a uma ideia de mínima igualdade material, a supor *direitos de prestação* do cidadão — aliás, da pessoa humana — em face do Estado. Plasmavam-se os *direitos humanos de segunda geração* (ou *dimensão*¹⁷⁸⁰), ditos “*direitos sociais, econômicos e culturais*” (v., *supra*, a nota n. 1033).

Definem-se bem os *direitos de segunda geração* como

“os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais. [...] Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos. [...] Entre os direitos de segunda dimensão, encontram-se, v.g., o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino”¹⁷⁸¹.

Aqui vale uma observação. Autores como VIEIRA DE ANDRADE¹⁷⁸² não acompanham o pensamento vazado acima (no que reúne direitos como, p.ex., o acesso à educação e a limitação de jornada), porque *não reconhecem*, entre os direitos sociais, os *direitos dos trabalhadores*. Só seriam “direitos econômicos, sociais e culturais” — ou *direitos fundamentais sociais*, como prefere — os que têm por conteúdo principal, como

¹⁷⁸⁰ Autores mais recentes preferem tratar de *dimensões* de direitos humanos, ao argumento de que o vocábulo “geração” sugere que os primeiros direitos, de gerações anteriores, tornam-se *obsoletos* (o que é uma falsa ideia, já que as “gerações” apenas se superpõem, com a aglutinação e a interação dos diversos direitos). Cf., por todos, Tavares, *Curso...*, pp.468-469. Há, ademais, os que advogam — não sem certa razão — a abolição de tais rótulos, pelo desserviço que teriam prestado à política internacional dos direitos humanos. Nessa linha, CANÇADO TRINDADE argumentou que a classificação dos direitos humanos em gerações ou dimensão, a par de indemonstrável historicamente, insustentável juridicamente e de resto inconvincente na esfera do discurso, serviu como gancho retórico para que muitos governos descurassem da realização dos direitos sociais, a pretexto de “priorizar” os direitos ditos de primeira geração ou dimensão (o que significa *não fazer*, já que esses são os direitos de liberdade, em que se espera a abstenção do Estado); outros, a pretexto de privilegiar os direitos sociais e econômicos, sacrificaram liberdades civis. Daí porque, na convicção do juiz da Corte de Haia (CIJ), “a *visão fragmentada dos direitos humanos interessa sobretudo aos regimes autoritários, ao autoritarismo sem bandeiras, seja no plano político, sejam no plano econômico-social*” (cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Posfácio*, in *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos*, Renato Zerbini Ribeiro Leão [org.], Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, t. 6, pp.622-625; cf. também Gomes, Coelho, Branco, *Curso...*, p.674).

¹⁷⁸¹ Tavares, *Curso...*, pp.470-471. Como se vê, aí também se compreendem — embora o autor não os refira expressamente — os chamados “direitos culturais”. V. *supra* a nota n. 1033.

¹⁷⁸² Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp.385-286.

dissemos, *prestações estatais* sujeitas à conformação político-legislativa. Os direitos laborais não teriam essa característica. Seriam essencialmente *direitos de abstenção*, circunscritos à mera função de defesa. Ademais, pode-se acrescentar que, na Constituição portuguesa, os chamados “*direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*” constam do capítulo III do título II (“*Direitos, liberdades e garantias*”), apartados do título III, relativo aos “[d]ireitos e deveres económicos, sociais e culturais”). Daí não se confundirem, nem por essência, nem por topologia.

De se ver, porém, que o próprio título III da CRP contempla, em seu capítulo I (“*Direitos e deveres económicos*”), outros “direitos dos trabalhadores” — além daqueles do título II (como segurança no emprego, liberdade sindical e greve) —, a exemplo do direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde e do direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas (artigo 59º, “c” e “d”). No Brasil, de maneira inclusive mais coerente, todos esses direitos aparecem reunidos no artigo 7º da CRFB, que integra o capítulo II (“*Dos direitos sociais*”) do título II (“*Dos direitos e garantias fundamentais*”). Isso significaria dizer, *e.g.*, que em Portugal a segurança no emprego (artigo 7º, I, da CRFB) seria um direito social, enquanto em Portugal (artigo 53º) não o seria... Como se vê, o argumento topológico nada prova.

Quanto à substância, por outro lado, não parece correto afirmar que os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores demandem do Estado apenas a *abstenção*. Esse entendimento contrasta com, ao menos, três posições relativamente firmes do constitucionalismo contemporâneo, a saber: **(a)** com a ideia de um Estado social proativo também nas relações privadas (o que é, afinal, uma política de salário mínimo?); **(b)** com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se pode extrair do princípio da proporcionalidade (tópico 15.3, n. II) e, portanto, do “*substantive due process*”; e **(c)** com o próprio *princípio da proteção*, ínsito ao Direito do Trabalho universal e por isso promotor

de atividades normogenéticas¹⁷⁸³ de cariz constitucional e infraconstitucional (impelindo o Estado à ação, portanto).

Logo, o Estado não deve tão só se abster. Antes, para assegurar os direitos, garantias e liberdades dos trabalhadores, deve *interferir* decisivamente, seja por meio da atividade legiferante (= Estado-legislação), seja por meio da atividade fiscalizatória (= Estado-administração; no Brasil, a União assume a competência material para “*organizar, manter e executar a inspeção do trabalho*”, *ut* artigo 21, XXIV, da CRFB), seja enfim — dir-se-á adiante — por meio da própria atividade judicante (Estado-jurisdição). Isso justifica, na Constituição brasileira de 1988, a presença dos direitos, garantias e liberdades dos trabalhadores entre os direitos sociais. O que não é, de resto, estranho nem à tradição constitucionalista (o preâmbulo da Constituição francesa de 27.10.1946 — integrado ao bloco de constitucionalidade da Constituição francesa de 1958, ora em vigor — refere uma extensa lista de direitos econômicos e sociais, inclusive “*direitos constitutivos de um real estatuto do trabalhador*”¹⁷⁸⁴, como o direito de greve, o direito de sindicalização e o direito de participação “na determinação coletiva das condições de trabalho bem como na gestão das empresas”¹⁷⁸⁵), nem à realidade jurídica europeia (a própria Carta Social Europeia Revista, de 1996, elenca entre os *direitos sociais fundamentais* inúmeros direitos laborais típicos, exercitáveis em face do empregador, como o direito à remuneração justa e suficiente, a limitação de jornada, os descansos pagos, as férias remuneradas, o direito à segurança e à higiene no trabalho etc.¹⁷⁸⁶).

¹⁷⁸³ Cf., por todos, J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, p.1086): os princípios detêm *função normogenética*, porque as normas-princípios são os *fundamentos* das normas-regras, tanto no sentido estrutural (são ou devem ser o fundamento de validade das regras), como também no sentido semântico (são ou devem ser a “*ratio*” das regras).

¹⁷⁸⁴ Jean-Jacques Israel, *Direito...*, p.164. Ainda para o caso francês, LOCHAK identifica, entre os direitos humanos ligados à “*justice social*”, as “*actions positives*” e as “*discriminations positives*” que Estado e sociedade civil devem promover, inclusive no marco das relações de trabalho (assim, *e.g.*, no acesso ao emprego), obviando um papel ativo do Estado mesmo em face das relações privadas de emprego. Cf. Danièle Lochak, *Les droits de l’homme*, Paris, La Découverte, 2005, pp.81-88 (especialmente pp.85-87).

¹⁷⁸⁵ *In verbis*: “*Tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu’à la gestion des entreprises*”.

¹⁷⁸⁶ Esquemáticamente, a parte II da CSER discorre sobre dez classes distintas de direitos sociais relacionados ao trabalho (que são desdobrados em outros tantos direitos correlatos ou conseqüentes): o direito ao trabalho, o direito a condições de trabalho justas, o direito à higiene e à segurança no trabalho, o direito a uma remuneração justa, o direito sindical, o direito à negociação coletiva, a proteção da criança e do adolescente no trabalho, a proteção do trabalho da mulher, o direito à orientação profissional e o direito à formação profissional, além dos direitos de proteção e assistência dos trabalhadores portadores de deficiências físicas ou

Mas, quanto às relações entre Estado e ordem jurídica social (com os direitos sociais “*lato sensu*” e “*stricto sensu*”—esses, os trabalhistas), vejamos com mais vagar.

III. À vista da configuração histórica dos direitos sociais “*lato sensu*” (que surgem nas legislações e depois alastram-se pelas constituições, como veremos), tornou-se importante rediscutir a *função constitucional dos direitos humanos fundamentais* nas sociedades democráticas; e, a partir dela, as próprias *funções do Estado*. Como se sabe, CANARIS identificou, quanto ao primeiro aspecto, duas funcionalidades básicas para os direitos fundamentais: primacialmente, a função de proibição de intervenção (ou *proibição de excesso*); e, num segundo nível, a função de imperativo de tutela (ou *proibição de insuficiência*)¹⁷⁸⁷. Ali, é o Estado quem por excelência deve recuar (quando, *e.g.*, a atividade de seus agentes compromete liberdades públicas, como o direito de reunião ou a liberdade de ir e vir); aqui, ao contrário, deve avançar (quando, *e.g.*, a omissão do Estado em deflagrar políticas públicas competentes e eficazes compromete o seu dever constitucional de prover saúde ou educação às populações carentes). Insista-se que, num primeiro momento (com a viragem histórica do liberalismo político), os direitos do homem pretendiam defendê-lo contra a opressão do Estado (daí serem ditos direitos de liberdade, dos quais decorrem deveres negativos). Por isso, observou Canaris que “*os sujeitos de direito privado e o seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais*”¹⁷⁸⁸.

Nada obstante, os direitos fundamentais inexoravelmente *desenvolvem efeitos na direção das relações privadas*, por intermédio de uma de suas funções, a saber, a de **imperativo de tutela**. O dever de o Estado proteger um cidadão perante outro, contra lesão

mentais e dos trabalhadores migrantes com suas famílias. No caso da Alemanha, *p.ex.*, esses direitos são oficialmente referidos como “direitos sociais fundamentais” (“*Soziale Grundrechte*”), inclusive pelo próprio Estado alemão (por intermédio do *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*), que não apenas reconhece a necessidade de ações estatais para promovê-los, como aponta a do próprio “engajamento cívico” (“*ürgerschaftliches Engagement*”) da sociedade civil, “*insbesondere im sozialen Sektor (Daseinsfürsorge)*”. Cf. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Soziale Grundrechte als europäisches Anliegen: Vorschläge für eine europäische Grundrechtscharta (Dokumentation der Tagung 18. Mai 2000)*, Berlin, Bank für Sozialwirtschaft, 2000, *passim* (especialmente p.48).

¹⁷⁸⁷ Canaris, *Direitos fundamentais...*, pp.59 e ss.

¹⁷⁸⁸ *Idem*, p.134.

ou ameaça a seus bens e interesses jusfundamentais protegidos, deve ser satisfeito *também* ao nível do direito privado (i.e., das contratações privadas). Para CANARIS, esta concepção tem a vantagem de, por um lado, não olvidar o fato de que, na origem, apenas *o Estado*, e não o cidadão, é o destinatário passivo do plexo de direitos fundamentais (é em face do Estado, pois, que os direitos fundamentais devem exercer sua *eficácia “forte”*); mas, por outro lado, oferece explicação dogmática plausível para a questão de saber *como* o comportamento dos sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos humanos fundamentais (explicação melhor, segundo o docente de Munique, que o artificioso recurso à “teoria da convergência estatista”, pela qual se imputariam todos os comportamentos de sujeitos privados violadores de direitos fundamentais ao próprio Estado — numa acepção quase totalitária, diga-se —, abrangendo tais hipóteses com a função de proibição de intervenção). É certo, ademais, que “[a] *função de imperativo de tutela, e a proibição de insuficiência a seu flanco, têm uma eficácia mais fraca que a função de proibição de intervenção e a proibição do excesso*”¹⁷⁸⁹, o que se coaduna com aquela finalidade primeira dos direitos do homem (= tutela em face do Estado, gerando deveres negativos), onde a jusfundamentalidade deve ter sua eficácia “forte”.

Por uma tese ou outra, entretanto, dar-se-á sempre hipótese de *eficácia horizontal imediata* dos direitos humanos fundamentais nas relações de trabalho, pela qual o comportamento de sujeitos de direito privado está (diretamente) submetido à influência dos direitos fundamentais. Essa eficácia é dita *horizontal* — para os alemães, “*Drittwirkung*” (= eficácia em relação a terceiros) — porque, mesmo nas relações privadas, em caso de “descida abaixo do mínimo de proteção imposto pelos direitos fundamentais”, admite-se a queixa de base constitucional, pelos mecanismos que o ordenamento processual dispuser. Merece menção, aliás, o fato de que a “*Drittwirkung der Grundrechte*” foi primeiramente reconhecida pela jurisprudência alemã em um litígio de ordem *laboral* (1950), no âmbito do tribunal federal do trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*), pela pena do juiz HANS CARL NIPPERDEY, reconhecendo existir uma série de normas jusfundamentais que não só estabelecem uma relação de liberdade frente ao Estado, como também garantem a cada cidadão um “*status socialis*” em suas relações jurídicas com os demais, e em particular

¹⁷⁸⁹ *Idem*, pp.133-134.

com grupos e organizações especialmente poderosas (como, *e.g.*, as grandes corporações capitalistas), em relação às quais *o Estado deve intervir*, “*si et quando*” necessário, *para defender os direitos do cidadão*. E esse fenômeno sequer se limitaria, nas ilações de NIPPERDEY, aos casos de manifesta desigualdade entre as partes (como se deu entre patrões e empregados no marco do modo de produção capitalista), mas estaria afeto a qualquer particular com posição jurídica constitucionalmente reconhecida em face de outros particulares¹⁷⁹⁰. Posteriormente, a tese da eficácia horizontal ganharia grande evidência a partir de decisão do *BVerfG* alemão, que acatou a “teoria do efeito irradiante” para reconhecer a eficácia privada *indireta* dos direitos fundamentais — “*in casu*”, pela integração judicial da cláusula geral do §826 do *BGB* (“*gegen die guten Sitten verstoßenden Weise*”) com os princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, 1, da *GG*) e do *livre desenvolvimento da personalidade* (artigo 2º, 1, da *GG*) —, na famosa *Lüth-Urteil*, no início do ano de 1958.

Entendemos, no entanto, que essa eficácia horizontal é na verdade *imediata* (e não meramente mediata). Hoje se reconhece amplamente que os direitos fundamentais tem operatividade imediata no campo das relações jurídico-privadas, por aplicação *direta* das regras e princípios constitucionais, dispensando-se a mediação concretizadora de órgãos estatais diversos do Poder Judiciário (embora não as proíbam). A norma constitucional — regra ou princípio — pode ser evocada como razão primeira e justificadora para a solução de conflitos privados concretos, em juízo ou fora dele. Essa eficácia direta e imediata dos princípios constitucionais tornou-se, aliás, o principal espólio do denominado *pós-positivismo*. Foram superadas, a nosso ver, as teorias de eficácia horizontal *indireta* ou *mediata* (“*mittelbare Drittwirkung*”), pelas quais a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas dependeriam da *mediação* dos órgãos legiferantes do Estado — fosse ditando leis concretizadoras que regulamentariam no trato privado os mecanismos aptos a restituir o direito em casos de violação jusfundamental (J. SCHWABE,), fosse abrindo frestas hermenêuticas na Constituição ou na lei formal (K. HESSE), inclusive por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

¹⁷⁹⁰ Cf., por todos, Jesús García Torres, Antonio Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp.60 e ss.

(“função social”, “legitimidade constitucional”, “boa-fé objetiva”, etc. — *teoria do efeito irradiante*, empregada no caso Lüth) —, a partir da qual o Poder Judiciário poderia decidir com ancoragem jusfundamental¹⁷⁹¹. Especialmente no Brasil, a eficácia imediata de normas de direitos fundamentais, sejam expressas ou adscritas, decorre diretamente do texto constitucional, ao estatuir que “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CRFB). O mesmo se pode afirmar do caso português, à vista do artigo 18º, 1, da CRP, pelo qual “[o]s preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

IV. Pelo quanto exposto, a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais havia de imperiosamente se traduzir em desdobramentos concretos no plexo de direitos e deveres que acediam aos contratos de trabalho, sobretudo em razão dos graus de pessoalidade e subordinação que passaram a informar a relação-padrão de trabalho no modo capitalista de produção, e com tão funestas consequências para a pessoa humana — sobretudo entre os séculos XVIII e XIX —, desaguando na questão social. É que, ainda no escólio de CANARIS,

além de se aplicarem, por princípio, a toda autovinculação por contrato, aquelas funções determinam, em assertiva bem direta, que *existem limites para a autodisposição voluntária da pessoa humana*. Noutras palavras — e em uma premissa geral mais teórica —, os efeitos do “*pacta sunt servanda*” encontram limites no núcleo irredutível dos direitos fundamentais da pessoa humana (a cláusula geral de “garantia de conteúdo essencial”, expressão vertida do alemão “*Wesensgehaltgarantie*”) e também nos próprios juízos concretos de proporcionalidade, quando estão em jogo liberdades e direitos individuais ou sociais de matriz constitucional.

¹⁷⁹¹ Cf. García Torres, Jiménez Blanco: *Derechos fundamentales...*, pp.36 e ss.; Salvador F. Arias Ruelas, “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*”, in *Gaceta*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, oct. 2002, n. 147, pp.56 e ss; Fernando Valdés Dal-Ré, “*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*”, in *Revista Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, set. 2003, n. 18, *passim*.

É certo, pois, que a eficácia horizontal dimanada da função de imperativo de tutela teve (e tem) relevância especial nas relações de emprego, como terá em todo caso similar de vulnerabilidade pessoal (mesmo que consentida),

se, pelo seu carácter pessoalíssimo, o bem protegido por direitos fundamentais, cujo exercício é contratualmente limitado, não estiver de todo à disposição do seu titular, ou se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica, e, por outro lado, se as possibilidades fácticas de porque, pelo carácter personalíssimo, o bem protegido por direitos fundamentais, cujo exercício é contratualmente limitado, não estiver de todo à disposição do seu titular, ou se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica, e, por outro lado, se as possibilidades fácticas de livre decisão de uma das partes contraentes estiverem significativamente afectadas [...]”¹⁷⁹².

Essas ilações explicam, do ponto de vista ético e jurídico, o fenómeno histórico da *intervenção estatal* para a regulação dos direitos sociais (“*in genere*”) e do contrato de trabalho (“*in specie*”), como inflexão política necessária para *minimizar* as possibilidades concretas de afetação de direitos fundamentais ao ensejo da perigosa combinação entre *necessidade, subordinação e autonomia privada*, reduzindo-a a patamares aceitáveis para a ordem social. Sem eufemismos, praticou-se um genuíno *intervencionismo humanitário*¹⁷⁹³, inicialmente pela lei e depois, em linhas mais gerais, pelas próprias constituições, originando o **constitucionalismo social** e, com ele, o **Estado Social** (*Sozialstaat*)¹⁷⁹⁴. O Estado, fundamentalmente por intermédio de normas jurídicas (Poder Legislativo) e de políticas públicas (Poder Executivo), e depois especializando o próprio aparato de justiça (Judiciário) — com procedimentos próprios ou mesmo com uma instituição judiciária

¹⁷⁹² Canaris, *Direitos fundamentais...*, pp.134-135.

¹⁷⁹³ Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p.11.

¹⁷⁹⁴ Sobre o conceito e os desdobramentos do *Sozialstaat*, especialmente construídos a partir do paradigma alemão weimariano, vejam-se, por todos, Hans Günter Hockerts, *Der deutsche Sozialstaat: Entfaltung und Gefährdung seit 1945*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2011, *passim*; Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social...*, cit., *passim*; Petra Weber, *Gescheiterte Sozialpartnerschaft: Gefährdete Republik? Industrielle Beziehungen, Arbeitskämpfe und der Sozialstaat. Deutschland und Frankreich im Vergleich (1918-1933/39)*, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2010, *passim*; Franz-Xaver Kaufmann: *Varianten des Wohlfahrtsstaates: Der deutsche Sozialstaat im internationalen Vergleich*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003, *passim*; Georg Vobruba (Hrsg.), *Der wirtschaftliche Wert der Sozialpolitik*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1989, *passim*.

autônoma (como é o caso da *Justiça do Trabalho*, presente tanto no modelo brasileiro como no alemão) —, passa a assegurar a indenidade do trabalhador e a integridade dos direitos sociais mínimos nas relações de trabalho.

Com isso, quebrou-se o padrão de isonomia formal, de tipo “aritmética”, próprio da justiça comutativa aristotélica, que até então se desenhava nos contratos em geral e nos contratos de trabalho em especial, a partir do paradigma do *Code Napoléon* (artigo 1.134). Partiu-se, ao revés, para um paradigma de justiça distributiva, de tipo “geométrico”, que implicava escolhas políticas diversas das que informaram o liberalismo e trazia à consideração quais seriam os melhores critérios para fundar uma justa distribuição de riquezas¹⁷⁹⁵. E, diante da contingente dificuldade de se eleger critério único, preconizaram-se diversas combinações ou sistemas de critérios. Assim, p.ex., WALZER¹⁷⁹⁶ propôs distinguir entre diversas “esferas de justiça” (bem-estar social, educação, emprego, mercado etc.), cada qual regida por princípios de repartição variáveis: ora a *livre troca* (e.g., no modelo liberal-napoleônico do “*pacta sunt servanda*”), ora o *mérito* (e.g., no modelo de justiça distributiva de ARISTÓTELES em sua “*Ética a Nicômaco*”), ora a *necessidade*. Nas relações de trabalho do modo capitalista de produção, a reboque das agruras da questão social, as ordens jurídico-positivas optaram paulatinamente pela combinação do primeiro critério (= *livre troca*), fortemente *mitigado* por conta do tendencial estado de subordinação do trabalhador (e dos consequentes poderes hierárquicos do empregador), com o último critério (= *necessidade*), substancialmente potencializado pela natureza *alimentar* que a remuneração assumia no regime de salariedade. Dessa “nova isonomia”, prenhe de futuro, nasceu o Direito do Trabalho.

Mas falemos, por agora, de constitucionalismo social.

V. Convencionalmente, atribui-se à Constituição mexicana promulgada em 05.02.1917 (dita “*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*”) a gênese formal do constitucionalismo social no século XX. Tal

¹⁷⁹⁵ Danièle Lochak, *Les droits...*, pp.82-83.

¹⁷⁹⁶ Michael Walzer, *Sphères de justice: Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Éditions du Seuil, 1997, p.46.

constituição, produto último da Revolução Mexicana de 1910-1917 (que pôs fim aos trinta e quatro anos da ditadura de PORFÍRIO DIAZ), foi marcadamente anticlerical, agrarista, nacionalista e social, com forte inspiração anarcossindicalista. Pela primeira vez, positivaram-se na *Lex legum* normas destinadas a proteger o trabalho humano e a prover as necessidades sociais dos mais desfavorecidos ou vulneráveis. Entre outras coisas, a carta consagrou direitos trabalhistas como o salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho (oito horas), as restrições ao trabalho da mulher e da criança, a livre associação em sindicatos e o direito à greve. Consagrou também direitos sociais “*lato sensu*”, como o direito à educação. Em seu art. 5º, dispõe:

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, [...] En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. [...] El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Estabeleceu, ademais, que a falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador só o obrigaria à competente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se pudesse exercer coação sobre a sua pessoa. Com tais preceitos, formalizou a proibição às formas contemporâneas de opressão, como a escravidão contemporânea, o tráfico de trabalhadores “livres” e, numa visão mais larga, até mesmo o assédio moral. A Constituição de 1917 é o texto ainda hoje em vigor no México, após inúmeras alterações (a última reforma é de 13.10.2011).

Pouco mais de dois anos depois, entrou em vigor na Alemanha a *Constituição de Weimar* (1919), já examinada (tópico 10.3), ainda hoje o mais memorável símbolo do constitucionalismo social emergente no início do século XX. Acentuou a unidade da Alemanha federal (com a recusa de soberania aos seus Estados-membros) e sinalizou a passagem do modelo liberal para o modelo social de Estado (o *Sozialstaat* alemão), com a consagração tedesca do constitucionalismo social. Ainda hoje, o Estado alemão é oficialmente pensado sobre três pilares: o pilar constitucional (Estado de Direito), o pilar

democrático e o pilar social¹⁷⁹⁷. Dos vários direitos sociais consagrados na *Weimarer Verfassung* já dissemos *supra* (tópico 10.3, n. II): especial proteção ao trabalho (artigo 157), liberdade de associação para a defesa e a melhoria das condições de trabalho (artigo 159), obrigatoriedade de se conceder tempo livre aos empregados para o exercício de direitos cívicos e funções públicas gratuitas (artigo 160), direito à seguridade social (artigo 161). E, para mais, a Alemanha tremulou, para o mundo, a bandeira da “*regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores, que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais*”¹⁷⁹⁸, o que efetivamente se concretizou com o advento da OIT, no mesmo ano, e toda a sua atividade normativa ulterior.

Cite-se ainda a *Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 17.01.1918, e a *Lei Fundamental Soviética*, de 10.07.1918. Já não concebiam o projeto de um mero Estado social, mas o de um Estado *socialista* em sentido próprio — o “Estado socialista-proletário”, a que se seguiram inúmeras “democracias populares” pelo mundo¹⁷⁹⁹ —, o que é diverso. Deflagraram-se medidas políticas radicais, como a abolição da propriedade privada, animadas por um princípio geral de igualdade material; mas também se instituíram genuínos direitos sociais, como a assistência econômica aos operários e camponeses mais pobres. Mais que direitos, porém, esses textos proclamaram cantilenas ideológicas, que vaticinavam a supressão da exploração do homem pelo homem e da divisão social de classes, instaurando-se uma organização socialista dos meios de produção como ponto de partida para o triunfo do socialismo em todos os países do globo. De seu questionável legado nem é preciso dizer.

Subsequentemente, diversas outras constituições passaram a contemplar preceitos ou mesmo capítulos inteiros dedicados à positivação de direitos sociais em sentido lato e estrito. A partir dessa onda de reformas, e sobretudo a partir do modelo alemão do

¹⁷⁹⁷ Cf. *Soziale Grundrechte...*, p.48. Serão *quatro* pilares, se incluirmos também o federalismo: “*demokratischer und sozialer Bundesstaat*” (artigo 20, 1, da GG [g.n.]).

¹⁷⁹⁸ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, p.31.

¹⁷⁹⁹ Luiz Pinto Ferreira, “Estado socialista” (verbete), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Rubens Limongi França (coord.), São Paulo, Saraiva, 1979, v. 34, pp. 29-31.

Sozialstaat (1919), densificou-se a noção de *Estado Social* — ou *Estado Social Democrático* —, que pode ser enunciada como

esta nova forma de organização política, [...] que [...] [p]retende alcançar a justiça social, diminuindo os profundos sulcos entre os ricos e os pobres, entre os empresários e os trabalhadores, ocasionados pelo liberalismo. Não deseja destruir a propriedade privada, nem impedir a livre iniciativa, mas condicioná-las aos interesses sociais. Nelas irá intervir, sempre que se faça mister, a fim de impedir o abuso do poder econômico. [...] Para tanto, declara o Estado os direitos sociais, verdadeiro complexo das prerrogativas reconhecidas como fundamentais e necessárias aos trabalhadores para garantir-lhes situação econômica compatível com a dignidade humana. [...] Além disso, preconiza a função social da propriedade, condicionando seu exercício ao bem-estar social; estabelece o primado da solidariedade entre os fatores de produção — capital e trabalho — para que se elimine o antigo conflito entre eles; valoriza o trabalho como condição da dignidade humana, e reprime os abusos do poder econômico¹⁸⁰⁰.

Atualmente, com a experiência acumulada de tantos anos na vereda do constitucionalismo social, pode-se reconhecer o Estado Social na consagração positivo-constitucional de pelo menos quatro ordens de “concretização constitucional do princípio da democracia econômica e social”¹⁸⁰¹:

(a) a *constituição econômica*, pela qual se procede à conformação da ordem fundamental da economia (a consagrar no Brasil, ao lado da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, a “valorização do trabalho humano”);

(b) a *constituição do trabalho*, autonomizando os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (no Brasil, artigos 7º a 11 da CRFB; em Portugal, artigos 53º a 57º e 59º da CRP) e, nas cartas mais progressistas, ampliando a perspectiva constitucional do trabalho, que deixa de ser entendido apenas sob o ângulo da tutela jurídica do trabalho subordinado e passa a ser percebido como “poder socialmente emancipatório” (vejam-se em Portugal, *e.g.*, os arts. 54º, 1 e 5, 55º, 2, “d”, e 56º, 2,

¹⁸⁰⁰ Pedro Salvetti, Netto, *Curso de Teoria do Estado*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p.324.

¹⁸⁰¹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.332 e ss.

“b” e “c”, todos da Constituição de 1976; e no Brasil, ainda que timidamente, vejam-se o art. 7º, XI, *in fine*, o art. 11 e o art. 194, par. único, VII, da CRFB, além do relevante artigo 193, que textualmente erige, como base da ordem social brasileira, o *primado* do trabalho);

(c) a *constituição social*, consolidando “o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na Constituição”, o que alcança todo um catálogo constitucional de direitos sociais (no Brasil, veja-se o art. 6º da CRFB), um tratamento preferencial para pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar plenamente daqueles direitos (no Brasil, vejam-se, *e.g.*, os arts. 201, §1º, 203, IV e V, 207, III, e 230 da CRFB) e um sistema de segurança social unificado (no Brasil, veja-se o capítulo II do título VIII da CRFB);

(d) a *constituição cultural*, que contempla o direito à educação e à cultura, o acesso à fruição e à criação cultural e artística, o direito ao ensino e o direito ao desporto (no Brasil, veja-se o capítulo III do título VIII da Constituição).

Assim ancorado, o princípio da igualdade torna-se capaz de transcender a tensão maniqueísta que por anos opôs uma leitura estritamente estática (= igualdade formal, meramente), alheia à eliminação das desigualdades, a outra estritamente dinâmica (= igualdade material, impositivamente), alheia às diferenças entre as pessoas. O Estado Social — que afinal não é um Estado “socialista” ou “comunista” — deve assegurar simplesmente uma *igualdade de oportunidades* (= igualdade *real*: “*Gleichheit der Lebenschancen*”), que não é uma reles “justiça de oportunidades”, mas também não predetermina uma igualdade de resultados. Tem-se aqui o escopo sinóptico de todo o constitucionalismo social. O que significa, ainda com CANOTILHO¹⁸⁰², garantir simultaneamente às pessoas a igualdade de Estado de Direito (= “*rechtstaatliche Chancengleichheit*”) e a igualdade de democracia econômico-social (= “*sozialstaatliche Chancengleichheit*”).

¹⁸⁰² J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.338.

22.2. O SURGIMENTO DAS JUSTIÇAS CLASSISTAS. A JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA (HISTÓRICO E VICISSITUDES) E O JUIZ “DESCONSTRUTOR”. PROTEÇÃO VS. PATERNALISMO / TUTELA VS. EMANCIPAÇÃO. CRÍTICA

I. Associada a rompantes nacional-populistas e à ideologia corporativista do segundo quartel do século XX, a pretendida “nova isonomia” (tópico 22.1, n. IV) — mirando um sentido de igualdade material e uma estratégia de desigualar os desiguais — culminou com a criação de *justiças classistas*, especializadas na solução dos litígios entre o capital e o trabalho. O modelo vingou com particular densidade na Itália de BENITO MUSSOLINI, sob a égide da *Carta del Lavoro* que o Grande Conselho Fascista (“*Gran Consiglio del Fascismo*”), órgão colegiado máximo na hierarquia política facisto-italiana, fez aprovar em 21.04.1927. Nele se inspirou, poucos anos depois, o Brasil de GETÚLIO VARGAS.

Além de positivar diversos daqueles direitos sociais introduzidos pelo constitucionalismo social (remuneração suficiente, repouso semanais e férias remuneradas, regime especial de trabalho noturno, negociação coletiva, previdência e assistência social etc.), a *Carta del Lavoro* deitou traços ideológicos muito consistentes, a saber:

- dispôs ser a Nação Italiana um organismo com finalidades, vida e meios de ação superiores, em poder e duração, à ação dos indivíduos nacionais, agrupados ou separados; tomou-a, ademais, por uma unidade moral, política e econômica que se realizaria integralmente no Estado fascista (artigo 1º);
- dispôs ser o trabalho, em todas as suas formas de organização e execução (intelectuais, técnicas ou manuais), um dever social, sendo por isso *tutelado* pelo Estado (artigo 2º);
- estatuiu que “*as corporações constituem a organização unitária das forças de produção, representando integralmente seus interesses*”, razão pela qual,

coincidindo os interesses de produção com os interesses nacionais, eram elas (as corporações) reconhecidas por lei como *órgãos do Estado* (artigo 6º).

Enfim, sobre essas três balizas — o fascismo, o corporativismo e o imperativo tutelar do trabalho —, instituiu a **Magistratura do Trabalho**, autonomizada organicamente para equacionar os conflitos entre trabalhadores e empregadores, nos seguintes termos:

“V – A Magistratura do Trabalho é o órgão pelo qual o Estado intervém para regular as controvérsias do trabalho, quer elas se refiram à observância dos pactos e de outras normas existentes, quer às determinações de novas condições de trabalho”.

A magistratura laboral destinava-se particularmente a arbitrar os conflitos coletivos de trabalho, mas a solução coercitiva pressupunha a prévia tentativa de conciliação entre as categorias envolvidas (representada então por um “órgão corporativo” ou sindicato). Nesse sentido, dispôs o artigo 10 que, “[n]as *controvérsias coletivas de trabalho*, a ação judiciária não pode ser intentada sem que primeiro o órgão corporativo tenha tentado a conciliação”. A regra repete-se até hoje no caso brasileiro (artigo 114, §§1º e 2º, da CRFB). Já nos dissídios individuais (“*concernentes à interpretação e à aplicação dos contratos coletivos de trabalho*”), as associações profissionais eram estimuladas a “*interpor seus esforços em prol da conciliação*” entre as partes, embora não se tratasse de fase pré-processual obrigatória.

O sistema judicial de solução de conflitos laborais fundava-se, por este preceito, em uma característica que acompanharia os juízos e tribunais do trabalho nas décadas seguintes: o primado da *conciliabilidade*, que a CLT brasileira consagrou em seu artigo 764, §1º (v., *supra*, tópico 16.5.3 e nota n. 1469). Pode-se identificar o mesmo elemento no caso português, à vista de vários preceitos do CPT (*e.g.*, artigos 32º, 2, 36º, 2, 55º, 2, 70º, 99º, 108º etc.; e, notadamente, o seu artigo 51º). Na mesma ensancha, os tribunais do trabalho alemães estão legalmente obrigados a esclarecer as conveniências da conciliação e insistir nos seus méritos, mesmo em audiências litigiosas. Segundo DÄUBLER, os processos judiciais laborais alemães chegam à prolação de uma sentença judicial em apenas dez por cento dos casos; na média, noventa por cento deles se resolvem por outros

caminhos, inclusive por acordos (nos anos noventa do século passado, de cada seiscentos processos anuais acometidos a um juiz do Trabalho alemão, apenas sessenta requeriam a redação de sentença)¹⁸⁰³.

Com a *Carta del Lavoro*, lançaram-se as bases de uma justiça classista, composta por juízes togados e por membros das corporações profissionais e econômicas, cujo objetivo institucional era precisamente aquele abominado pelo pensamento liberal: *intervir* nas relações privadas de trabalho, tanto para *interpretar* a norma jurídica posta (a que correspondia a função que o direito liberal-formal legara aos juízes, meros “enunciadores” da lei) como também — e sobretudo — para iniludivelmente *criá-la*: cumpria-lhe *determinar novas condições de trabalho*, oponíveis geral e abstratamente a todas as categorias profissionais e econômicas envolvidas no conflito. Era a gênese do chamado *poder normativo* da Justiça do Trabalho, que vicejou em poucos países, mas serviu para aproximar como nunca antes as funções constitucionais legislativa e judiciária. Nessas hipóteses, o juiz já não julgada mais no modelo de “*cases and controversies*”, pois decidia eminentemente para o futuro; e, por vezes, sequer decidia em estrito “regime de soberania vinculada” (*supra*, tópico 21.2): no Brasil, p.ex., a CLT chegou a prever, em seu artigo 856, que “[a] *instância* [no dissídio coletivo] *será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho*” (g.n.) — excepcionando, pois, a perspectiva inercial do “*nemo iudex sine actore*”¹⁸⁰⁴.

¹⁸⁰³ Wolfgang Däubler, *Tribunais do Trabalho na República Federal da Alemanha*, trad. Alfred Keller, São Paulo, Friedrich-Ebert-Stiftung, 1999, pp.12-13.

¹⁸⁰⁴ Trata-se de norma compreensível ao tempo da fundação da Justiça do Trabalho, que no Brasil desempenhava funções administrativas e, como diremos, não integrava o Poder Judiciário até 1946. Tornara-se questionável, porém, a partir da Constituição de 1946; e, de todo modo, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, à vista da consagração constitucional do direito de ação, da garantia do juiz natural e, em geral, da própria “*due process clause*”. Ulteriormente, a própria EC n. 45/2004, ao tratar do dissídio coletivo de natureza econômica, dispôs sobre a legitimidade para a sua instauração, e por óbvio não referiu os presidentes dos tribunais do trabalho. Formalmente, porém, a norma do artigo 856 da CLT jamais fora revogada.

Portugal também teve o seu *constitucionalismo corporativista* — fase do “constitucionalismo corporativo e autoritário” (JORGE MIRANDA¹⁸⁰⁵) — e o seu próprio “Estado Novo” (*infra*), entre a anterior Constituição de 1933 (v. o artigo 5º) e a atual Constituição de 1976. Essa fase foi marcada pela ideia de um Estado forte, pela consequente supressão de liberdades (*e.g.*, a liberdade sindical e a liberdade partidária), pela economia dirigida antiliberal e pela internalização controlada de certos elementos do fascismo (levando p.ex. à formulação de uma ideia supraindividualista de Nação, expressa no Estatuto do Trabalho Nacional então em vigor: “[o]s *fins e os interesses da Nação dominam os dos indivíduos e grupos que a compõem*”). Reconheceram-se e cooptaram-se os organismos intermediários (Igreja, família, autarquias locais, corporações); e, para tanto, foi criada uma *câmara corporativa* (com a representação simbólica de todos os elementos estruturais da nova “república corporativa” portuguesa, *ut* artigo 102º), que não exerceu, na prática institucional, papéis realmente relevantes. O corporativismo lusitano não engendrou, todavia, uma *justiça classista* para a solução dos seus conflitos sociais. A estrutura judiciária básica foi mantida. Por isso, o caso português não será objeto de análise nos itens subsequentes¹⁸⁰⁶.

Falemos, pois, do caso brasileiro.

II. No Brasil, a Justiça do Trabalho surge na Constituição de 1934 (artigo 122), com os seguintes dizeres:

“Art. 122. Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

“Parágrafo único. A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual”.

¹⁸⁰⁵ Jorge Miranda, “A Constituição e a Democracia Portuguesa”, in *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, UniBrasil, jan./dez. 2005, n. 24, pp.229-238 (especialmente pp.229-230).

¹⁸⁰⁶ Cf.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.174-181.

A Constituição de 1934 foi promulgada em 16.07.1934, mas a Justiça do Trabalho jamais foi instalada sob a sua vigência. Interessa, porém, identificar os elementos que definiam a natureza da instituição, tal como preconizada àquela altura:

(a) à Justiça do Trabalho não se aplicaria o regramento do capítulo IV do título I — “*Do Poder Judiciário*” —, o que significa que, quando concebida, não era um ramo do Poder Judiciário, mas uma estrutura apendicular do “Governo”, i.e., do Poder Executivo¹⁸⁰⁷;

(b) nos órgãos da Justiça do Trabalho — os tribunais e as “comissões de conciliação” —, a composição era paritária, com representantes de empregados e empregadores, presididos por um representante do Poder Executivo, livremente nomeado pelo governo (ainda não havia “carreira”), que não precisaria sequer pertencer aos quadros da Magistratura ordinária ou ser bacharel em Direito (pela letra constitucional, bastava ser pessoa “experiente” nas questões trabalhistas, com “notória capacidade moral e intelectual”);

(c) a competência administrativa da Justiça do Trabalho era restrita às lides entre empregados e empregadores, e somente naquilo em que fossem regidas pela “legislação social” (excluídos, pois, os litígios laborais relativos a matérias de trato civil, como as questões de responsabilidade civil e afins).

Em 1937, após várias decretações de estado de sítio, uma crise de instabilidade política e a grande comoção social gerada pela divulgação de um falso plano de revolução comunista (o controverso “plano Cohen”), GETÚLIO VARGAS consumou um golpe de Estado e instalou a primeira ditadura do Brasil. Para tanto, valendo-se do gênio e da pena de FRANCISCO CAMPOS, VARGAS outorgou em 10.11.1937 a chamada “Constituição polaca” (apelido tanto justificado pela semelhança com a constituição autoritária da Polônia de antanho, como também por um indisfarçável ímpeto depreciativo: era esse o mesmo

¹⁸⁰⁷ Deve-se provavelmente a isso o curioso fato de que cidadãos brasileiros mais humildes ou antigos, ao se referirem à Justiça do Trabalho, ainda hoje a designem com a expressão “Ministério”...

nome dado, na época, a uma zona de baixo meretrício do Rio de Janeiro), instaurando o “Estado Novo” brasileiro. O novo regime corroborou a simpatia que o governo brasileiro inicialmente nutria pelos regimes nacionalistas que se desenhavam na Europa (o nacional-socialismo alemão e especialmente o fascismo italiano), a ponto de EDDA CIANO MUSSOLINI, filha do líder fascista BENITO MUSSOLINI, ter sido recebida festivamente em 1939 por ADHEMAR DE BARROS, então interventor federal indicado pelo Presidente da República para o Estado de São Paulo. A Constituição de 1937 centralizou poderes e cerceou direitos e liberdades (inclusive sociais, como respectivamente o direito de greve e a liberdade sindical), revisando inúmeros pontos da Constituição de 1934, pela qual o Presidente da República alimentava um público despreço¹⁸⁰⁸. Mas, quanto à Justiça do Trabalho (artigo 139), praticamente reproduziu os termos do artigo 122 da carta anterior. *In verbis*:

“**Art. 139.** Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

“A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

E, em seu artigo 140, confessava a inspiração corporativista (tendo como fonte direta o artigo 6º da *Carta del Lavoro*):

“**Art. 140.** A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público”.

¹⁸⁰⁸ VARGAS declarou em discurso, sobre a revogada Constituição de 1934 (que, diga-se, era democrática, ao contrário da Polaca), que “[u]ma constitucionalização apressada, fora de tempo, apresentada como panaceia de todos os males, traduziu-se numa organização política feita ao sabor de influências pessoais e partidarismo faccioso, divorciada das realidades existentes. Repetia os erros da Constituição de 1891 e agravava-os com dispositivos de pura invenção jurídica, alguns retrógrados e outros acenando a ideologias exóticas. Os acontecimentos incumbiram-se de atestar-lhe a precoce inadaptação!”.

A leitura demonstra que, sob o regime autoritário, mantiveram-se a estrutura e a característica originalmente concebida para a Justiça do Trabalho: uma justiça classista, paritária, administrativa (= não judicial) e — agora mais claramente — corporativista. E incumbiu-se à *lei* a sua efetiva organização.

Assim se fez. Em 2 de maio de 1939, com o Decreto-lei n. 1.237/1939, a Justiça do Trabalho foi finalmente organizada no plano infraconstitucional. Nos termos do artigo 2º, sua estrutura era composta pelas juntas de conciliação e julgamento ou pelos próprios juízes de Direito da Justiça ordinária (primeiro grau), pelos Conselhos Regionais do Trabalho (2º grau) e pelo Conselho Nacional do Trabalho (grau extraordinário). As juntas eram formadas por dois vogais classistas e um presidente, nomeado pelo Presidente da República, escolhido entre “*magistrados de primeira instância ou [...] bacharéis em direito de reconhecida idoneidade moral domiciliados na jurisdição da Junta*” (artigo 7º, *caput*). Criava-se, ademais, a Procuradoria do Trabalho, oriunda do Departamento Nacional de Trabalho, que mais tarde originaria o Ministério Público do Trabalho¹⁸⁰⁹. Talhavam-se, como se vê, as primeiras conexões institucionais com o sistema judiciário brasileiro, embora a figura do juiz togado ainda não fosse indispensável. Por fim, em 1º de maio de 1941, a Justiça do Trabalho foi finalmente instalada em todo o país, como parte da Administração Pública federal, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio¹⁸¹⁰. A CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 01.05.1943, apenas a encamparia alguns anos depois.

Como visto, a Justiça do Trabalho não era propriamente “justiça” sob o pálio das constituições de 1934 e 1937. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal já a havia reconhecido como tal, em sua “fase definitiva” (i.e., no formato final conferido pela CLT), no início da década de quarenta, em sede de controle difuso de constitucionalidade (cf., e.g., REx n. 6.310, *in* DJU 30.09.1943¹⁸¹¹). No texto constitucional, porém, só foi aduzida

¹⁸⁰⁹ Cf. Irany Ferrari, Amauri Mascaro Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins Filho, *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, pp. 193-194.

¹⁸¹⁰ Cf. Arnaldo Süssekind, *Direito Constitucional do Trabalho*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37.

¹⁸¹¹ O julgado, de 13.07.1943 (anterior, portanto, à Constituição de 1946), contou com a seguinte ementa: “*Cabível o recurso extraordinário da decisão proferida pela Justiça do Trabalho, em matéria constitucional. Não se conhece do recurso quanto fora dos incisos do art. 101, n. III da Carta Constitucional*”. Ora, essas

ao elenco judiciário após o fim do Estado Novo, com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 18.09.1946, que estatuiu em seu artigo 94:

Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I - Supremo Tribunal Federal;

II - Tribunal Federal de Recursos;

III - Juízes e Tribunais militares;

IV - Juízes e Tribunais eleitorais;

V - Juízes e Tribunais do trabalho” (g.n.).

Em primeiro grau, a Justiça do Trabalho continuava a ser composta por um juiz presidente (togado) e dois membros classistas (um representante dos empregados e outro dos empregadores), *ut* artigo 122, §5º, da Constituição de 1946 e artigo 647 da CLT. Os “conselhos”, porém, transformaram-se em tribunais regionais do trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho (respectivamente, incisos II e I do artigo 122 da Constituição de 1946). E, de resto, positivara-se constitucionalmente a competência da Justiça do Trabalho para, no julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica, “*estabelecer normas e condições de trabalho*” nos casos especificados em lei (artigo 123, §2º). Consagrava-se, pois, o poder normativo judiciário — por muito tempo uma idiosincrasia da Justiça do Trabalho — no plano constitucional brasileiro.

A Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 mantiveram essas normas nos artigos 112, 141 e 142, mas passaram a definir a composição do TST e dos TRT’s, introduzindo a

eram hipóteses de *decisões judiciais* (“*causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias*”) que tem tese contrariassem o texto constitucional. Ademais, após assentar que a questão já havia sido apreciada em precedentes do STF (no mesmo sentido), assim registrou o relator: “*Por mim, sempre sustentei o caráter especial característico da Justiça do Trabalho, sem lhe recusar, contudo, na sua fase definitiva, a feição judiciária, reconhecendo nos seus membros organizados verdadeira magistratura. [...] Não reconhecida embora pela Constituição de 1937, como não o fôra pela de 1934 como um dos órgãos do Poder Judiciário, não se lhe poderá recusar missão idêntica à dos tribunais ordinários, quando chamada a decidir, a dirimir as questões especializadas, com feição peculiar, entre empregados e empregadores, dentro dos limites traçados pela legislação do Trabalho nas atribuições da sua Justiça. [...] Não importa asseverar com Francisco Campos que o legislador constituinte de 1937 a haja reconhecido como fazendo parte integrante do Poder Judiciário ou com Cesarino Junior, que ela é órgão especial desse poder. [...] O certo é que ela exerce autoridade jurisdicional, traçada por suas leis. [...] Não haverá, portanto, recusar a essa Justiça a solução de todos os dissídios contidos na ordem e natureza das relações jurídicas entre empregados e empregadores, pleiteados por todas as formas e competentes recursos, dentro da sua organização. [...] Se a unificação das leis federais é a razão de ser no recurso extraordinário, criado pela Constituição Federal, reconhecendo que ao Supremo Tribunal cabe essa função de defesa da Constituição, não haverá sob pretexto de fórmulas meramente gramaticais, recusar essa exclusividade em se tratando da Justiça do Trabalho*” (2ª T., rel. Min. GOULART DE OLIVEIRA [g.n.]).

figura do quinto constitucional (possibilidade de acesso direito de advogados e membros do Ministério Público aos tribunais do trabalho), e limitaram o recurso para o STF aos casos em que as decisões da Justiça do Trabalho contrariassem a Constituição (artigo 143). Já com a Constituição de 05.10.1988, conquanto mantida as características básicas e a estrutura herdadas da Constituição de 1967/1969, modificações importantes foram introduzidas, tanto do ponto de vista institucional como do ponto de vista ideológico¹⁸¹². Mas tratemos disso no item seguinte, em que examinaremos, em cotejo, o estado atual dessas “justiças classistas” nas principais ordens jurídicas contemporâneas.

III. A Itália abandonou o modelo corporativista com a queda do fascismo, extinguindo a Magistratura do Trabalho em 1956. O CPC italiano ainda prevê procedimentos próprios para conflitos individuais de trabalho (artigos 409 a 441), mas não há qualquer autonomia orgânica: até 02.06.1999, atuava em primeiro grau o “*pretore in funzione di giudice del lavoro*”; após essa data, extinta a função de pretor pelo *Decreto legislativo* n. 51/1998, a competência originária para os conflitos individuais passou a ser exclusivamente do “*tribunale in composizione monocratica*” (i.e., com um único juiz), em função de juiz do Trabalho. Todos esses órgãos pertencem à chamada “magistratura ordinária”.

No mundo de hoje, entre os sistemas jurídicos de maior relevo, ainda mantêm justiças *inerentemente classistas* a Alemanha e o Reino Unido, visto que em ambos os casos a estrutura judiciária respectiva goza de *autonomia orgânica* e conta com efetiva *representação classista*. Não reputamos ser esse o caso do Brasil, nem o da França. Quanto ao modelo inglês, dadas as naturais discrepâncias com os sistemas judiciários de “*civil law*” (como são os demais citados), não o examinaremos.

¹⁸¹² Sobre a inflexão ideológica, no sentido da perspectiva macrosocial apresentada no tópico 22.1 (= constitucionalismo social), veja-se, por todos, MAURÍCIO GODINHO DELGADO (*Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2005, pp.124-125): “[...] a Constituição de 1988 produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo, despontar, no estuário normativo básico do país, a **visão coletiva dos problemas**, em antecipação à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. **Essa nova perspectiva embebe-se de conceitos e óticas próprias do Direito do Trabalho, em especial a noção de ser coletivo** (e de fatos/atos coletivos), em contraponto à clássica de ser individual (e fatos/atos individuais), dominante no estuário civilista brasileiro. Ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, a Carta de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justaltrabalhista até então desconhecidas na história do país”.

No sistema judiciário brasileiro, manteve-se a estrutura orgânica autônoma da Justiça do Trabalho em todas as constituições posteriores a 1946, inclusive em 1988 (artigo 114). Sob a égide desta última, no entanto, extinguiu-se em boa hora a representação classista de empregados e empregadores (EC n. 24, de 09.12.1999). Ademais, a EC n. 45/2004 ampliou significativamente o plexo objetivo de competências materiais da Justiça do Trabalho, que passou a julgar diversas outras matérias relacionadas direta ou indiretamente com o trabalho humano (*e.g.*, conflitos de representatividade sindical, “*habeas data*” em matéria laboral, impugnação judicial de multas e outras sanções administrativas impostas pela fiscalização do trabalho etc.), mas já não definidas exclusivamente pelo discutível conceito de “classe social” de que sejam partes o autor e/ou o réu (*i.e.*, conflitos entre trabalhadores e empregadores, como ditara a redação original do artigo 114, *caput*, da CRFB). Deu-se a transição de uma competência “*a parte subjecti*” (= definida pela condição subjetiva das partes) para uma competência “*a parte objecti*” (= definida pelos valores constitucionais objetivamente em jogo no litígio), como dissemos alhures¹⁸¹³. Já não possuindo uma representação classista (os antigos “vogais” do artigo 647, “*b*”, da CLT) e tampouco se restringindo a típicos conflitos de classe (capital *vs.* trabalho), não é mais *inerentemente* classista, conquanto ainda preserve, é certo, alguns de seus elementos originários (como *p.ex.* o poder normativo — sensivelmente mitigado após a EC n. 45/2004 — e toda uma terminologia processual arcaica), sob outras configurações e finalidades. Aquela inerência, entretanto, ostentou-a até a EC n. 24/1999.

Na França, os conflitos laborais individuais em primeira instância, tanto no setor privado como no setor público (desde que sob vínculos de natureza privada), são julgados pelos *conseils de prud’hommes*, formados apenas por conselheiros não togados (logo, órgãos judiciários *exclusivamente* classistas), que se organizam em seções especializadas por matéria¹⁸¹⁴. Nos *bureaux de conciliation*, atuam em pares (um conselheiro empregado e um conselheiro empregador), enquanto nos *bureaux de jugement* são dois conselheiros

¹⁸¹³ Cf. Guilherme Guimarães Feliciano, “A competência penal da Justiça do Trabalho: um breve e crítico esboço”, in *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (org.), São Paulo, LTr, 2011, *passim*.

¹⁸¹⁴ Atualmente, para os segmentos de *agriculture, commerce et services commerciaux, encadrement, industrie e activités diverses*.

empregados e dois empregadores, sendo todos eles eleitos para mandatos de cinco anos, com possibilidade de uma recondução, ao ensejo das *élections prud’hommales*, que refletem a representatividade dos sindicatos franceses. Como, porém, as instâncias subsequentes não são especializadas, não há autonomia orgânica. Ademais, sequer se pode vincular o modelo francês à influência ideológica do corporativismo novecentista, já que os *conseil de prud’hommes* são bem mais antigos: legalmente, datam de 1806 (*loi* de 18.03.1806, promulgada por NAPOLEÓN 1^{er} e complementada pelo *décret* de 03.07.1806, criando um *conseil de prud’homme* em Lyon). A rigor, porém, os primeiros *conseils de prud’hommes* com registro histórico são bem mais antigos: remontam ao século XIII, sob o reinado de PHILIPPE LE BEL (em 1296, na cidade de Paris, criaram-se vinte e quatro conselhos para auxiliar a julgar os conflitos entre comerciantes e fabricantes que frequentavam as feiras e mercados locais). A instituição é, portanto, quase milenar, resistindo à própria revolução de 1789.

O caso alemão, da mesma forma, tem particularidades que não permitem identificá-lo simplesmente com os paradigmas italiano e brasileiro, de forte configuração ideológica. As instituições precursoras da *Arbeitsjustiz* alemã foram criadas ainda no século XIX (antes, portanto, de grassarem as doutrinas corporativistas como doutrinas de Estado), embora as estruturas básicas hoje em vigor tenham sido definidas por lei de 1926 (contemporâneas, portanto, à *Carta del Lavoro*). No entanto, trata-se — ao menos organicamente — de uma organização *inerentemente* classista: goza de autonomia orgânica em todas as instâncias (subordinando-se apenas às decisões do *Bundesverfassungsgericht*, como de resto a Justiça do Trabalho brasileira subordina-se às decisões do STF), como decorre do artigo 95, 1, da GG, e se compõe de câmaras ou salas de composição tripartite: um magistrado (togado), um representante dos empregados e um representante dos empregadores, como outrora na Itália e no Brasil. Em termos de organização judiciária, também se assemelham ao caso brasileiro (exceto pela existência de jurisdições municipais): há tribunais do trabalho municipais (primeiro grau), tribunais do trabalho estaduais (segundo grau) — alguns Estados maiores possuem até mesmo dois, como ocorre com a Baviera e a Renânia do Norte-Vestfália — e o tribunal federal do trabalho. O *Bundesarbeitsgericht* é formado por “*senados*”, que por sua vez possuem três juízes togados e dois representantes classistas

(empregados e empregadores) cada um. Mas as semelhanças cessam aí. A competência dos tribunais do trabalho alemães limita-se à interpretação/aplicação do direito laboral vigente para situações concretas, não havendo qualquer resquício de “poder normativo”. Logo, os tribunais laborais alemães não regem para o futuro, nem o fazem em caráter geral e abstrato. Têm, por outro lado, uma “função dinâmica” notável na construção do Direito do Trabalho (ainda que adstrita ao âmbito das relações individuais), já que as leis trabalhistas valem-se não raramente de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, delegando aos juízes a tarefa de complementar as hipóteses legais com o dado empírico e a ciência aplicada. Exemplo disso se encontra na descrição legal do modo de resolução de contratos de trabalho por iniciativa do empregador (*Kündigungsschutzgesetz*, 10.08.1951, §1, 2, 1ª parte¹⁸¹⁵): o patrão pode demitir seu empregado por uma “*razão adstrita à pessoa do empregado*”, cabendo aos juízes definirem, à luz da casuística forense, que motivos podem razoavelmente ser subsumidos à espécie. Consoante notícia de DÄUBLER, o *Bundesarbeitsgericht* alemão chegou a reformar decisão da instância inferior que indevidamente reconhecia “justo motivo” para a demissão no fato de um empregado viver com a irmã de conhecido terrorista foragido¹⁸¹⁶: afastou-se a legitimidade da justificativa, prestigiando-se a presunção de inocência (no plano civil) e a boa-fé nas relações privadas. Brasil e Portugal optaram, ao revés, por tipos mais fechados de justas causas (cf. respectivamente artigos 482 e 482 da CLT e artigos 351º e 394º do CT, com hipóteses bem mais descritivas do que, p.ex., os itens ns. 1 e 2 — respectivamente, empregos privados e empregos públicos — do §1º, 2, da *KSchG*).

IV. Uma leitura histórica mais arguta dos episódios acima descritos revelará terem se consumado, ao ensejo da criação das justiças classistas, *grandes inflexões sistêmicas* do “*procedural due process*” nos sistemas processuais contemporâneos. Esse fenômeno se deu inicialmente como efeito puro ou majoritário da imersão ideológica em que se encontravam as respectivas ordens jurídicas. Com o tempo, viria a experimentar maior ou

¹⁸¹⁵ In verbis: “§ 1. Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. (2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. [...]” (g.n.).

¹⁸¹⁶ Wolfgang Däubler, “Tribunais...”, pp.01-04.

menor sobrevida, como também gradações de alcance, de acordo com as circunstâncias históricas de cada país e as capacidades domésticas de ressignificação das normas e institutos constituídos naquele momento histórico.

Do que se consolidara até aquele momento para o devido processo formal, com efeito, *relativizaram-se* entre outras, naqueles sistemas neocorporativos, as seguintes garantias processuais: (1) o princípio da inércia (que remontava, senão antes, à Idade Moderna, como visto no tópico 9.3); (2) o princípio do juiz natural (também herdado dos modernos, na fase de consolidação do “*due process of law*”); (3) a função declaratória da jurisdição (vista como “garantia” do cidadão no direito liberal-formal); (4) o princípio da isonomia processual; e (5) a garantia da coisa julgada. Vejamos cada hipótese, uma a uma.

Quanto à inércia, vimos com CAPPELLETTI, BACHOF e CARNELUTTI (tópico 21.2, n. III) que um dos atributos do exercício de “soberania vinculada” ínsito à jurisdição — que justamente a distingue da legislação — é a perspectiva inercial, densificada no brocardo “*nemo iudex sine actore*”. É, com efeito, um dos consectários do “*procedural due process*”. Não raro, porém, é infletido pelo legislador, desde que a isso não se oponha a respectiva constituição. Tais inflexões não são estão legalmente ressalvadas no Brasil ou em Portugal¹⁸¹⁷; persistem, porém, no sistema francês, em que o artigo 1º do *Nouveau Code de Procédure Civile* positiva o princípio acusatório e subsequentemente admite a sua exceção legal:

“Seules les parties introduisent l’instance, hors le cas ou la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d’y mettre fin avant qu’elle ne s’éteigne par l’effet du jugement ou en vertu de la loi” (*g.n.*).

Importa acentuar, ademais, que no caso francês a matéria foi apreciada à luz do artigo 6º, 1, da CEDH (v. §19º), entendendo-se que o dispositivo não padece de “inconvencionalidade”, porque “*nos casos de auto-prosseção [auto-saisine], o juiz*

¹⁸¹⁷ Em Portugal, o artigo 3º do CPC assim dispõe: “1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. [...]”. Admitem-se, pois, exceções pontuais e legais à garantia do prévio contraditório; não há, porém, expressa referência à possibilidade de exceções legais à norma do n. 1.

aparece mais como aquele que protege em situações particulares que se assemelham a uma contencioso objetivo” — e.g., questões envolvendo riscos materiais para incapazes —, “*que como aquele que decide as disputas entre sujeitos de direitos*”¹⁸¹⁸ (o que significa dizer que, para a alta jurisprudência francesa, o “*procedural due process*” admite, nesse particular, inflexão do princípio por via de lei). Ao final, a questão desemboca no âmago do “*substantive due process*”: juízos concretos de proporcionalidade, feitos primacialmente pelos legisladores. Assim é que, em 29.10.1974, o *Congrès du Parlement* recusou ao *Conseil constitutionnel* o poder de “*auto-saisine*”, i.e., de instaurar instâncias “*ex officio*”.

Do mesmo modo (e com semelhantes motivos), o princípio da inércia viu-se flexibilizado em vários dos procedimentos criados para as justiças classistas que nasciam na primeira metade do século XX, especialmente nos conflitos coletivos de trabalho. O fundamento — de vazo corporativista — era o de que o Estado-juiz deveria atuar como “árbitro” dos conflitos entre capital e trabalho, evitando o acirramento dos ânimos coletivos e, no limite da convicção ideológica, neutralizando os efeitos funestos da própria luta de classes. Havia, pois, um *interesse público* em se obstar ou debelar movimentos paredistas e outros sintomas da conflitividade social, o que justificava a instauração “*ex officio*” de instância nos tribunais do trabalho, caso os conflitos coletivos ameaçassem a normalidade social, a paz pública, os serviços essenciais etc. (i.e., interesses públicos primários ou secundários¹⁸¹⁹). Por isso, no Brasil, a Constituição de 1937 dispôs que “[a] greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”; e, para evitá-los ou debelá-los, o artigo 856 da CLT permitia a instauração de dissídios coletivos pelos próprios *presidentes* dos tribunais dos trabalhos, além das partes coletivas interessadas e da Procuradoria do Trabalho.

¹⁸¹⁸ Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, p.575. Ademais, advertem que “[d]ans le cas de autosaisine, le juge apparaît davantage comme celui que protège dans des situations particulières qui s'apparentent à un contentieux objectif, que comme celui qui tranche des différends entre sujets de droit; un lien doit aussi être fait entre la saisine d'office et la nature bien souvent administrative de l'acte de juge”.

¹⁸¹⁹ Adotamos, aqui e alhures, a distinção de ALESSI: *interesse público primário* é o interesse geral do povo, tendente ao conceito de bem comum, enquanto o *interesse público secundário* consiste no modo pelo qual os órgãos de governo veem o interesse público (Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, pp.197-198).

Como antecipamos, porém, é de nosso convencimento — e da melhor doutrina¹⁸²⁰ — que o artigo 856 da CLT não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (*supra*, nota n. 1804). Os conflitos coletivos de trabalho não configuram uma anomalia social; antes, são da natureza mesma das relações sociais no modo de produção capitalista. O Estado em geral (e o Estado-juiz em particular) pode monitorá-los e coibir seus excessos, mas não é um seu papel constitucional suprimi-los ou asfixiá-los. E para os casos de lesão ou ameaça de lesão ao interesse público, a Constituição da República elegeu como seu mandatário em juízo o Ministério Público do Trabalho (artigo 114, §2º¹⁸²¹); não os tribunais do trabalho, que devem resguardar mínima equidistância dos conflitos. Compreendemos, mais, haver aqui uma fronteira inexpugnável do “*procedural due process*” (ao menos no atual contexto constitucional brasileiro): à vista da própria “*Wesensgehaltgarantie*”, nem o legislador constitucional ou ordinário, nem tampouco o juiz podem excetuar o princípio da inércia em sede de jurisdição genuinamente *litigiosa*, de modo a admitir que juízos e tribunais instaurem “*ex officio*” instâncias processuais tendentes a declarar, constituir ou fazer valer situações jurídicas concretas.

¹⁸²⁰ Cf., por todos, Valentim Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp.712-713. V. ainda, na jurisprudência, TST, RO n. 343000-63.2008.5.04.0000, SDC, rel. Min. DORA MARIA DA COSTA, j. 14.11.2011. *In verbis*: “In casu, verifica-se que o Sindicato dos Hospitais Benéficos, Religiosos e Filantrópicos do Rio Grande do Sul demonstrou, de forma inequívoca, na peça de defesa, a sua discordância com a instauração da instância do dissídio coletivo, **não cabendo a esta Justiça Especializada o exercício espontâneo da jurisdição contra a vontade manifesta da parte, que tem o respaldo da Constituição Federal**. Dá-se, pois, provimento ao recurso ordinário interposto pelo referido ente sindical para, reformando a decisão regional, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos dos arts. 114, § 2º, da CF e 267, IV, do CPC, ficando ressalvadas, contudo, as situações fáticas já constituídas, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.725/65” (g.n.).

¹⁸²¹ *In verbis*: “Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito” (redação da EC n. 45/2004). Afora essa hipótese, o poder normativo da Justiça do Trabalho só pode ser acionado pelas próprias partes coletivas interessadas, “de comum acordo”, o que aproxima a hipótese, ao menos morfológicamente, de uma arbitragem coletiva pública (artigo 114, §2º). Na prática judiciária, o TST tem atenuado, pela via hermenêutica, os rigores dessa exigência. Cf., por todos, TST, RO n. 343000-63.2008.5.04.0000, SDC, rel. Min. DORA MARIA DA COSTA, j. 14.11.2011 (“DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO. JURISPRUDÊNCIA DO TST. EXTINÇÃO. O comum acordo, pressuposto específico para o ajuizamento do dissídio coletivo, exigência trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao art. 114, § 2º, da CF, embora idealmente devesse ser materializado sob a forma de petição conjunta da representação, é **interpretado de maneira mais flexível por esta Justiça Trabalhista**, no sentido de se admitir a concordância tácita na instauração da instância, desde que não haja a oposição expressa do suscitado, na contestação” [g.n.]).

Sobre a garantia do juiz natural, entendendo-se como a garantia de um juiz previamente investido, competente e *imparcial*¹⁸²² (o que significa que “*o juiz coloca-se entre as partes e acima delas*”¹⁸²³, de modo a não se confundir com elas, nem tampouco com elas compartilhar interesses materiais), as justiças classistas a subverteram, precisamente por admitir que as questões jurídicas de classe pudessem ser decididas judicialmente pelos *próprios interessados*, por intermédio das respectivas representações classistas. Uma das dimensões mais viscerais do “*procedural due process*” — já perfeitamente elaborada desde pelo menos o século XVI (com *Bill of Rights* de 1689 e os escritos de COKE no século XVII)¹⁸²⁴ — correspondia ao paradigma “*nemo iudex in causa sua*” (na raiz romano-germânica) ou “*no making a man a judge in his own case*” (na raiz anglo-saxônica), como visto no tópico 10.1.5. A existência de uma justiça classista, com a participação direta e o poder de voto de representantes das próprias classes cujos conflitos se individualizavam na lide entre trabalhador e o empregador, era a rigor a *antípoda* dessa ideia, ao menos no plano abstrato-coletivo. Dir-se-ia que, por haver necessariamente a representação paritária dos dois polos do conflito (capital vs. trabalho), as parcialidades se neutralizavam. Era de fato a ideia primacial. Com o tempo, porém, a complexidade das questões levadas às justiças classistas tornaram aquela contradição bem mais concreta e virulenta. No caso brasileiro, a ampliação das competências da Justiça do Trabalho trouxe, na década de noventa, situações litigiosas em que *concretamente* a representação classista julgava em seu próprio interesse.

Com efeito, após o advento da Lei n. 8.984/1995, editada com fundamento no artigo 114 da CRFB/88, passou a ser da competência material da Justiça do Trabalho, nos termos de seu artigo 1º, “*conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador*” (competência hoje recoberta pela própria Constituição, *ut* artigo 114, III, na redação da EC n. 45/2004). A partir de sua entrada em vigor, vários sindicatos profissionais passaram a ajuizar na Justiça do Trabalho ações de cobrança em face de empresas que não descontavam de seus

¹⁸²² Cf., por todos, Nery Jr., *Princípios...*, pp.97-98.

¹⁸²³ Araújo Cintra *et al.*, *Teoria...*, p.50.

¹⁸²⁴ Cf. acima, respectivamente, os tópicos 9.2.2, 9.3 e 10.1.5.1.

empregados as contribuições confederativas ou assistenciais fixadas em convenções e acordos coletivos de trabalho (respectivamente, artigo 8º, IV, da CRFB e artigo 513, “e”, da CLT), elegendo-as como “responsáveis finais” pelos valores pretensamente devidos. No entanto, muitos juízes do Trabalho compreendiam que as empresas não estavam obrigadas e sequer podiam descontar tais contribuições em relação a trabalhadores não sindicalizados, ou àqueles que manifestassem expressa oposição; os sindicatos, ao revés, sustentavam tratar-se de obrigação extensível a toda a categoria profissional (o que implicava a obrigação acessória patronal de retê-las e repassá-las), independentemente de filiação sindical, advogando um regime semi-tributário de constituição e cobrança dos créditos. Anos depois, o Supremo Tribunal Federal confirmaria aquele primeiro entendimento, notadamente quanto à contribuição confederativa, a bem da própria liberdade sindical negativa (Súmula 666 do C.STF¹⁸²⁵). Àquele tempo, porém, os juízes togados que perfilhavam a tese tecnicamente melhor (a do não desconto) viram-se sistematicamente *vencidos* pelos votos dos juízes classistas (porque a convergência dos vogais preferia à decisão técnica, “*ex vi*” do artigo 850, par. único, da CLT), que por sua vez manifestavam em quase todo o país um mesmo entendimento, que lhes era cobrado por suas associações sindicais e de classe, já que entidades sindicais de ambos os lados — profissionais e econômicas — tinham interesse em ver arrecadadas, de filiados como de não filiados, as contribuições que revertiam para o seu benefício direto. Assim é que os vogais classistas, escolhidos a partir de listas preparadas pelos sindicatos (artigo 662 da CLT¹⁸²⁶), já não

¹⁸²⁵ O enunciado é de 24.09.2003. *In verbis*: “**Súmula n. 666. Contribuição Confederativa - Exigibilidade - Filiação a Sindicato Respetivo.** A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

¹⁸²⁶ No primeiro grau de jurisdição, a escolha final dos vogais das juntas de conciliação e julgamento cabia aos presidentes dos tribunais regionais do trabalho. *In verbis*: “**Art. 662.** A escolha dos vogais das Juntas e seus suplentes far-se-á dentre os nomes constantes das listas que, para esse efeito, forem encaminhadas pelas associações sindicais de primeiro grau ao presidente do Tribunal Regional. §1º. Para esse fim, cada Sindicato de empregadores e de empregados, com base territorial extensiva à área de jurisdição da Junta, no todo ou em parte, procederá, na ocasião determinada pelo Presidente do Tribunal Regional, à escolha de 3 (três) nomes que comporão a lista, aplicando-se à eleição o disposto no art. 524 e seus §§ 1º a 3º. §2º. Recebidas as listas pelo presidente do Tribunal Regional, designará este, dentro de cinco dias, os nomes dos vogais e dos respectivos suplentes, expedindo para cada um deles um título, mediante a apresentação do qual será empossado. §3º. Dentro de quinze dias, contados da data da posse, pode ser contestada a investidura do vogal ou do suplente, por qualquer interessado, sem efeito suspensivo, por meio de representação escrita, dirigida ao presidente do Tribunal Regional. §4º. Recebida a contestação, o Presidente do Tribunal designará imediatamente relator, o qual, se houver necessidade de ouvir testemunhas ou de proceder a quaisquer diligências, providenciará para que tudo se realize com a maior brevidade, submetendo, por fim, a contestação ao parecer do Tribunal, na primeira sessão. § 5º. Se o Tribunal julgar procedente a contestação, o Presidente providenciará a designação de novo vogal ou suplente; § 6º. Em falta de indicação pelos

votavam como juízes, mas como dirigentes sindicais, fazendo valer a tese consentânea com o interesse econômico das entidades às quais se ligavam. No final, a estrutura paritária fazia tábula rasa da garantia do juiz natural, em detrimento das empresas condenadas, quebrando-se indelevelmente a máxima “*no making a man a judge in his own case*”. Surpreendentemente, essa condição teratológica jamais foi discutida seriamente nas instâncias superiores da Justiça do Trabalho ou no próprio STF.

Da função declaratória da jurisdição cuidamos há pouco, no tópico 21.1 (sobre o juiz “enunciador” da lei). Mas já havíamos tangido o assunto bem antes, no tópico 7.4, quando identificamos os rudimentos do “*due process of law*” no direito antigo. Demonstramos que, já no tempo da “*cognitio extraordinaria*” romana, deu-se a paulatina fusão subjetiva dos papéis institucionais do Estado-juiz no processo (“*imperium*” + “*cognoscere*”), além de largos passos no sentido da sua deformalização, abandonando-se os últimos traços das “*legis actiones*” e trasladando-se a *função criativa da jurisprudência* do plano da instrumentalidade processual (“*actiones in factum*”, “*actiones utiles*”) para o plano genético-material (direito objetivo), com amplo recurso à “*aequitas*”. Pode-se bem afirmar, portanto, que a ideia de uma jurisprudência meramente declaratória, própria dos julgamentos “*more geométrico*”, não é uma “conquista milenar” da técnica processual; é, antes, um *desvio* característico das configurações ideológicas do liberalismo político (ante o desejo do Estado mínimo) e do conceitualismo jurídico (ante a universalidade, a imutabilidade e a congruência da “reta razão”). Assim, trazer à tona as funções criativas da jurisdição não teria grande novidade, sobretudo na perspectiva dos países de “*common law*”, se não fosse pela *intensidade* que as justiças classistas — nomeadamente a italiana e a brasileira — lhes imprimiu sob o lábaro da *institucionalização do poder normativo*, *aproximando* a atividade jurisdicional da própria legiferância, por afastar ao menos *três* dos atributos de “soberania vinculada” que justamente diferenciam a criatividade jurisdicional da criatividade legislativa:

Sindicatos, de nomes para representantes das respectivas categorias profissionais e econômicas nas Juntas de Conciliação e Julgamento, ou nas localidades onde não existirem Sindicatos, serão esses representantes livremente designados pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, observados os requisitos exigidos para o exercício da função”.

(a) nas sentenças normativas, a regulação faz-se “*in abstracto*”, “*ex ante*” e para relações fático-jurídicas atuais e futuras (não regula “*in concreto*” e “*ex post*”, a partir de fatos passados — ainda que para efeitos futuros, tal qual nas sentenças constitutivas —, como de regra se dá na atividade jurisdicional);

(b) a lógica dos dissídios coletivos de cariz econômico rompe com a estrita limitação subjetiva do “*decisum*” ao âmbito adversarial das partes (neles, são partes processuais as entidades sindicais — *ut* artigo 513, “a”, da CLT — e as empresas, mas os efeitos das sentenças normativas estendem-se a todos os economicamente implicados — *ut* artigo 868, *caput*, da CLT —, ainda que não sejam sequer filiados aos respectivos sindicatos: se for parte um sindicato patronal, alcançam-se todos os membros das categorias profissional e econômica naquela base territorial; se for parte uma empresa, alcançam-se todos os membros da categoria profissional naquela empresa); e

(c) flexibilizou-se, ao menos de início, a perspectiva inercial (*supra*).

Se, ademais, criava-se uma justiça orgânica para tutelar direitos trabalhistas e assegurar a produção nacional, colimando redimensionar as relações sociais com vista a uma isonomia geométrica e distributiva, a jurisdição classista parecia arranhar o princípio da isonomia processual, em vista do qual se dá “*a paridade simétrica das suas posições* [das partes] *perante o tribunal*”¹⁸²⁷. Afinal, a ideia de reequilíbrio material e dinâmico sugeria favorecer, em algum momento, aquela parte economicamente mais débil — inclusive no processo. Há nisso algo de verdadeiro e outr’algo de falacioso. Mas diremos com vagar logo adiante.

¹⁸²⁷ Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.105. Não obstante, o mesmo autor pondera, logo adiante (e mais especificamente sobre o *princípio de igualdade de armas*), que a igualdade não implica “*uma identidade formal absoluta de todos os meios, que a diversidade das posições das partes impossibilita, exige, porém, a identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e a sua sujeição a ônus e cominações idênticos, sempre que a sua posição perante o processo é equiparável, e um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra*” (pp.105-106 [g.n.]). Voltaremos a isso.

Por fim, a relativização da coisa julgada — tema em voga nos dias de hoje (v. §32º) — teve suas primeiras configurações no exercício útil do poder normativo dos órgãos judiciais classistas. Com efeito, se lei e doutrina processual do século XXI esgrime com naturalidade argumentos em torno da relativização da coisa julgada (v., *e.g.*, o artigo 884, §5º, da CLT, na redação da MP n. 2.180-35/2001), a imodificabilidade do caso julgado ainda era, na primeira metade do século XX, uma garantia virtualmente absoluta, herdada do arcabouço jurídico moderno-liberal-formal, com todos os seus fetiches ideológicos (estabilidade, previsibilidade, imutabilidade, universalidade etc.). E, no entanto, a possibilidade de prolação de sentenças normativas, que decidem conflitos coletivos de natureza econômica e ditam regras dotadas de abstração (i.e., comandos “*ad futurum*”) e indeterminação subjetiva (i.e., vinculação a destinatários indeterminados), desde logo impôs considerar a *impossibilidade factual* de que tais sentenças transitassem materialmente em julgado. Isso porque a inerente cambialidade dos cenários socioeconômicos, ainda se limitados a uma dada base territorial, determinava a necessidade imanente de sucessivos ajustes por renegociações e repactuações que, se infrutíferas, devolveriam o conflito à Justiça do Trabalho. Em síntese, nenhuma sentença normativa poderia, por sua própria natureza, definir “*ad eternum*” as condições de trabalho e os direitos e obrigações de trabalhadores e empregadores em certa base territorial (artigo 613, IV e VII, da CLT), já que esses conteúdos atrelavam-se indissociavelmente à evolução das condições socioeconômicas locais. Daí se compreender — infletindo pela primeira vez, após as revoluções liberais, a garantia da coisa julgada (ínsita à “*due process clause*”) — que “*as decisões contidas em instrumentos normativos (acordos e convenções coletivas de trabalho e acórdãos) estão vinculadas à cláusula rebus sic stantibus*”, de modo que, mesmo durante o período de vigência dos instrumentos,

“a categoria econômica, demonstrando ter havido profunda alteração das condições que determinaram a inserção daquelas dispositivos normativos, poderá pedir ao tribunal que conceda à categoria profissional menos do que previa a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho [ou a sentença normativa] anteriores — exceto se essa diminuição implicar violação de norma de ordem pública, como seriam as respeitantes ao valor do salário mínimo, ao adicional noturno, à remuneração

mínima das horas extras, ao gozo de férias anuais remuneradas, etc.”¹⁸²⁸.

Aliás, o próprio Tribunal Superior do Trabalho mantém a firme convicção de que não há coisa julgada material em sentenças normativas, como deflui de sua súmula de jurisprudência dominante (Súmula n. 397¹⁸²⁹). É dizer, em derradeira síntese: sentenças normativas contém dentro de si, tácita e inerentemente, uma cláusula “*rebus sic stantibus*”, e por isso transitam em julgado apenas formalmente.

Temos, pois, que o advento histórico das justiças classistas legou à ciência processual ao menos duas linhas de evidências: (1) a de que *o paradigma processual do direito moderno-liberal-formal não é a-histórico*; e (2) a de que *inflexões do devido processo formal eram admissíveis não apenas pontualmente* (à maneira dos vários exemplos apresentados entre os §§ 7º e 9º), como também *sistematicamente*.

V. Mas a maior inquietação relacionada à introdução das justiças classistas residiu, como ainda hoje reside, na suposta identificação de um *perfil ideológico-autoritário* disseminado entre os magistrados daqueles novos corpos judiciários. A esse perfil, tenho designado como **juiz “desconstrutor”**. A finalidade institucional torná-los-ia parciais? Julgam, afinal, de modo paternalista? Em que medida o *princípio da proteção* — que materialmente derivava da função de imperativo de tutela dos direitos sociais fundamentais, como dito há pouco (tópico 22.1, n. IV) — interfere no próprio *processo judicial* laboral? É o que tentaremos responder.

Não virá de agora a crítica ao “processo civil social”, ou à “publicização do processo civil”, a que corresponderia um processo civil com deformação da autoridade,

¹⁸²⁸ Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2009, v. III, p.2987.

¹⁸²⁹ *In verbis*: “**AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, DO CPC. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA.** Não procede ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque **em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal**. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC” (g.n.).

convolvendo-se num processo de viés *autoritário*. Por processo civil *autoritário* ou *social* — que se distingue do processo civil *totalitário* (porque neste se amesquinha o princípio dispositivo a ponto de já não haver claras distinções de fundo entre o processo civil e o penal) — VERDE e MONTERO AROCA entendem aquele em que se resguarda o princípio dispositivo e a máxima “*ne procedat iudex ex officio*”, mas o processo é concebido como instrumento de “justiça” e os poderes do juiz crescem na exata medida em que lhe é dado dar forma e conteúdo a essa finalidade, desaguando, no limite, em modos de “tutela” ou de interferência em aspectos do processo que deveriam ser do exclusivo monopólio das partes¹⁸³⁰.

Sem concessões, pode-se bem afirmar que um modelo de processo civil com *inflexões formais e ampliação dos poderes do juiz*, como o que temos sustentado e seguiremos a desdobrar (v., *infra*, o §23º), atende àquela “descrição” (“*pubblicizzazione del processo civile*”). Resta saber, então, se a crítica procede; e se o modelo engendra, de fato, um processo *autoritário* (ou *sob que condições* ele o engendra). O que significa, para os propósitos deste tópico, indagar o seguinte: no caso das justiças classistas, o quanto há — ou houve — de “*autoritário*” nos correspondentes processos judiciais? Naturalmente, pela diversidade de casos e legislações, generalizações neste ponto não são factíveis. Assim, tomemos um caso concreto.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e a superação histórica dos modelos corporativistas, países que mantiveram justiças classistas de origem corporativa experimentaram, com o passar dos anos, certa desconfiança quanto ao papel que tais estruturas deveriam cumprir nas novas democracias (se é que deveriam cumpri-las). Pelas ligações com o passado político facisto-corporativista, a própria Itália a aboliu, como apontado (n. III). No Brasil, por anos a Justiça do Trabalho foi acusada de ser parcial, paternalista e corporativista. E o derradeiro epíteto — não os demais — ainda lhe cabia, ao menos do ponto de vista estrutural, até a abolição das representações classistas, em 1999.

¹⁸³⁰ Giovanni Verde, “*Le ideologie del processo in un recente saggio*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2002, n. 3, pp.676-687; Juan Montero Aroca, “*Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria*”, trad. Juan Cazador, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2004, n. 2, pp.560-566. Cf. também Fritz Baur, *La socialización del proceso*, Salamanca, Departamento de Derecho Procesal/Universidad de Salamanca, 1980, pp.08-09.

Mas, após a “Reforma do Poder Judiciário” (encetada com a EC n. 45/2004), a ampliação das competências materiais da Justiça do Trabalho e a transição de um modelo competencial “*a parte subjecti*” para outro “*a parte objecti*” rechaçaram definitivamente tal característica, por já não se tratar nem mesmo de uma organização de serviços públicos adstrita ao atendimento de certa classe social (seja o “operariado”, o “proletariado” ou mesmo os trabalhadores subordinados), como de fato chegou a ser. Atualmente, podem constitucionalmente acorrer às barras da Justiça do Trabalho sindicatos (*e.g.*, artigo 114, III, da CRFB), empresas (*e.g.*, artigo 114, VII), o Ministério Público (*e.g.*, artigo 1º, IV, da Lei n. 7.437/1985), a Fazenda Pública (*e.g.*, artigo 114, VIII), os trabalhadores autônomos (artigo 114, I) e, é claro, ainda os trabalhadores subordinados (que seguem sendo o maior público atendido, mas não por força de critérios normativos de competência). E, é certo, esse novo estado de coisas arrefeceu grandemente os críticos.

VI. Alguns anos antes, porém, a crítica atingira o seu ponto mais alarmante. No final da década de noventa do século passado, pouco antes da extinção da representação classista, havia grande receio por parte de setores e quadros técnicos do Governo Federal quanto aos efeitos deletérios que uma cadeia de decisões da Justiça do Trabalho em matéria de reajustes salariais poderia provocar na economia doméstica, pela pressão inflacionária decorrente — tanto objetiva (pela injeção de moeda no mercado) como subjetivamente (pela cultura de indexação de preços) —, quando a condição econômica do país ainda inspirada grandes cuidados. Afinal, obtivera-se a estabilização econômica no governo imediatamente anterior, com a implementação do chamado “Plano Real”, oficialmente aprovado pela MP n. 434/1994¹⁸³¹. Logo em seguida, coincidentemente, ou não, um senador da República alinhado com o governo iniciou uma contundente campanha pública pelo *fim da Justiça do Trabalho* no Brasil, acusando-a de obsoleta, paternalista e, acima de tudo, perdulária (naquele tempo, consumiria 3,2 bilhões de reais anualmente). Defendia, aliás, a extinção de todos os ramos judiciais “especializados” que não estivessem estritamente ligados à tradição liberal-democrática (daí pedir também o fim das justiças militares). No caso da Justiça do Trabalho, por pertencer ao Poder Judiciário da União, deveria ser absorvida pela

¹⁸³¹ A moeda brasileira acumulara, de julho de 1965 a junho de 1994, uma inflação de 1,1 quatrilhão por cento. Essa impressionante inflação de dezesseis dígitos em três décadas esteve entre as maiores da história, ao lado da hiperinflação alemã dos anos vinte do século passado.

Justiça Federal comum. Após alguns meses de estrépito, com o apoio das bancadas fiéis ao Governo Federal, o Senador ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES (PFL-BA) conseguiu fazer instaurar uma comissão parlamentar de inquérito para investigar todo o Poder Judiciário (artigo 58, §3º, da CRFB), perante a qual apresentaria, ademais de seus argumentos, uma coleção de dossiês que relatariam casos de corrupção e nepotismo em gabinetes de juízes. Mais tarde, das mesmas bases governistas adveio uma proposta de emenda constitucional que, sob a relatoria de parlamentares do partido do governo (PSDB), realmente extinguiu as justiças militares e do Trabalho, além de promover outras várias alterações no sistema judiciário brasileiro. Para além do “*enxugamento*” da máquina judiciária, outrossim, propugnava-se um controle externo para o Poder Judiciário, esgrimindo-se com os argumentos condensados na célebre indagação do retórico romano DECIMUS IUNIUS IUVENALIS (“*Quis custodiet ipsos custodes?*”).

Instaurou-se uma grande polêmica nos meios de comunicação social, contraponto os entusiastas da extinção, que verberavam contra o caráter classista e paternalista da Justiça do Trabalho, e as associações de magistrados, que a apontavam como o último bastião institucional da defesa democrática dos direitos sociais. Ao final, a Justiça do Trabalho brasileira sobreviveu. E, de certa forma, ter estado no centro da crise institucional conferiu às suas associações de juízes o capital político necessário para consumir reformas constitucionais que há muito vinham reclamando: em 1999, como dito, extinguíam-se as funções de vogal (ou juiz) classista na Justiça do Trabalho; e, em 2004, remodelava-se o seu marco competencial. Além disso, pela mesma EC n. 45/2004, inseriu-se na estrutura do Poder Judiciário — logo, como órgão de controle *interno* (e não propriamente externo) — o *Conselho Nacional de Justiça*, composto por juízes dos mais diversos ramos judiciários, por representantes do Ministério Público, por representantes da Ordem dos Advogados do Brasil e por representantes da sociedade civil indicados pelas duas casas do Parlamento, com a função de “controlar” administrativamente o Poder Judiciário e de organizá-lo por meio de políticas de gestão¹⁸³². Era, a seu modo, a resposta do Congresso Nacional aos clamores de 1999.

¹⁸³² Na expressão do artigo 103-B, §4º, ao CNJ compete “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (a ser aprovado por lei complementar cujo projeto tarda a se

VII. No imaginário popular, portanto, essa foi uma das características mais comumente associadas, por décadas a fio, à Justiça do Trabalho brasileira: sendo classista, seria parcial, paternalista e corporativista; logo, autoritária. Do cariz corporativista, no plano estrutural, já dissemos *supra*. E quanto ao paternalismo e à pretensa “parcialidade”? Importa saber, do ponto de vista jurídico (e não o sociológico, que por agora não nos interessa), o que realmente se pôs a esse respeito.

Episodicamente, a estrutura classista promoveu julgamentos parciais, com agressão oblíqua ao “*nemo iudex in causa sua*”, quando estiveram em jogo interesses econômicos de entidades sindicais e os vogais classistas, ligados às direções dos sindicatos, puderam decidir a respeito (inclusive vencendo juízes togados, como disséramos no item n. IV). Mas o risco sistêmico de desvios dessa natureza desapareceu com a própria representação classista, em 1999. Por outro lado, à vista do quanto explicitado no tópico 21.2, não se pode negar à pessoa, mesmo quando investida das funções e prerrogativas judiciárias, a sua condição formativa preexistente, que envolve as suas ideologias e as suas visões de mundo, todas forjadas pelas experiências e pelo lastro cultural que a conduziu àquela posição funcional. “*Yo soy yo y mi circunstancia*”¹⁸³³. Uma vez que a leitura “neutra” do sistema jurídico não é possível, admitir que os juízes julguem de acordo com suas concepções da vida, do justo e do direito — porque de fato assim julgam, como seres humanos que são, e nada se poderá fazer a respeito — é na verdade reconhecer um elemento interno de *democratização* do sistema judiciário, desde que os mecanismos de ingresso à carreira ou às funções judiciárias sejam igualmente democráticos, recolhendo cidadãos das mais diversas condições culturais e sociais.

Ademais, no específico caso da Justiça do Trabalho, o direito aplicado pelo corpo de magistrados é um direito de cunho *tutelar*: aplica-se essencialmente o *Direito do Trabalho*, que é inspirado universalmente pelo princípio da proteção. Se com o epíteto de “paternalista” quer-se meramente significar “protetivo”, então a Justiça do Trabalho, ao

encaminhar para o Congresso Nacional) e das sete funções específicas que são destriçadas entre os incisos I e VII.

¹⁸³³ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Catedra, 1984, *passim* (g.n.). A obra original é de 1914.

merecê-lo, não faz mais que refletir, nos seus resultados, o valor/princípio imanente ao sistema de direito material que interpreta e aplica. Isso a torna, antes de mais, uma organização judiciária *fiel* à vontade originária do próprio legislador. Se, por outro lado, o epíteto “paternalista” quiser significar um nível de proteção apelativo e não fundado, a disfarçar autoritarismos, então haverá um viés a corrigir.

A questão, portanto, está nos *limites* dessa leitura personalíssima. O que nos remete à figura do **juiz “desconstrutor”**, desvio teratológico da figura do juiz socialmente engajado.

“Desconstruir”, segundo os léxicos, pode significar “*desfazer para reconstruir (o que está construído, estruturado), freq. Fugindo a alguns princípios estabelecidos pela tradição*”¹⁸³⁴. É o que afinal se teme de juiz “social” paternalista — e não apenas do juiz do Trabalho, mas também do juiz ordinário encarregado de julgar questões de direito social (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito da Assistência Social etc.). Teme-se que, insuflado por ideias como “justiça social” ou “igualdade material”, ignore sistematicamente a lei posta pelo Poder Legislativo e decida “*contra legem*”, sem referências normativas externas, ressignificando a ordem jurídica a pretexto de realizar valores e princípios que em realidade materializam apenas a sua ideologia pessoal, sem qualquer base normativa real. Decisões que se fundem, p.ex., no convencimento de que “a propriedade capitalista é um roubo” (“*la propriété, c’est le vol*” — PROUDHON, 1862¹⁸³⁵), embora prolatadas sob o pálio de uma constituição que reconheça o direito de propriedade privada. Esse não é apenas um “princípio de tradição”, mas um princípio jurídico culturalmente assimilado e democraticamente alçado às constituições da esmagadora maioria dos países da atualidade. Julgar *contra* o princípio e os seus consectários mais óbvios, apenas por divergir de seu valor intrínseco, não é atitude consentânea com o papel para o qual o juiz foi investido: fazer valer os princípios e as regras da *sociedade*, não as suas próprias. Eis, afinal, o vezo autoritário desse “*modus agendi*”. O magistrado substitui valores que a sociedade democraticamente consagrou pelos seus próprios, sem apoio

¹⁸³⁴ Dicionário Houaiss..., verbete “*desconstruir*” (n. 2).

¹⁸³⁵ Cf. Pierre-Joseph Proudhon, *Théorie de la propriété*, Paris, Librairie Internationale, 1866, *passim*.

autêntico na ordem jurídica em vigor (quando muito, apenas retórico), abjurando a sua missão constitucional. A “*ideologia constitucional*” — ou seja, a “visão de mundo” (“*Weltbild*”) da Constituição, a que corresponde o “plano estrutural normativo de configuração jurídica de uma comunidade”¹⁸³⁶ — é o que afinal define os limites para um *balizamento sistêmico-objetivo* apto a prevenir violações à garantia da imparcialidade (*supra*, nota n. 1557), mesmo quando se admitem cores no espectro de visão dos corpos de magistratura (que é, de fato, caleidoscópico). Tais limites constroem-se objetiva, racional e argumentativamente, por aproximações sucessivas, a partir da atividade jurisprudencial dos tribunais, com as garantias dialógicas próprias do sistema judiciário. No fim, “*uma ponderação é racional se o enunciado [de decisão] preferencial pode ser fundamentado racionalmente*”¹⁸³⁷, a partir do texto constitucional.

A rigor, esse perfil de juiz não é tão contraditório na prática. Não raro, a percepção de parcialidade decorre de discursos que, embora fundados em balizamento constitucional, são carregados de emoção e voluntarismo, parecendo basear decisões em “ímpetos” ou “bandeiras” e não em normas (ainda que elas existam)¹⁸³⁸. Noutras vezes, há de fato uma opção hermenêutica *constitucionalmente desarticulada*, que compromete a decisão ao evocar “princípios” que não têm absolutamente qualquer guarida no sistema constitucional

¹⁸³⁶ Cf. Alexander Hollerbach, “*Ideologie und Verfassung*”, in *Ideologie und Recht*, Werner Maihofer (Hrsg.), Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1969, pp.37-46.

¹⁸³⁷ Robert Alexy, *Theorie...*, p.144 (“[...] *Eine Abwägung ist rational, wenn der Präferenzsatz, zu dem sie führt, rational begründet werden kann*”).

¹⁸³⁸ Exemplo de tais “excessos discursivos”, a sugerir parcialidade, identificamo-lo na seguinte passagem, reproduzida para fins meramente ilustrativos: “*Não se trata, portanto, do modo “correto” de resolver as tormentosas questões por que passa o direito do trabalho, mas apenas de uma visão possível, que está ligada, no entanto, a uma linha científica definida, qual seja: a identificação do direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja utilização se inspira no **inconformismo com a realidade injusta que está sendo formada no mundo do trabalho**, com reflexos na sociedade em geral, pela utilização do direito do trabalho à luz de uma consciência meramente econômica. [...] **Este mundo extremamente injusto**, e que é ao mesmo tempo assustador, em razão do aumento incontrolado da violência urbana e dos conflitos internacionais, **instiga-me uma fúria e espero que também a muitos**. Mas, trata-se de uma fúria sadia, que não prega nenhum tipo de intolerância ou mesmo uma luta do bem contra o mal. [...] Uma fúria que, meramente, pretende impulsionar o exercício da democracia, da manifestação livre de idéias, com respeito às idéias contrárias, e que ao mesmo tempo se preocupa em justificar suas ações dentro do contexto de uma ordem jurídica, construída, ou reconstruída, à luz de princípios e coerência lógica, dentro, portanto, de postulados verdadeiramente científicos e não meramente opinativos*” (Jorge Luiz Souto Maior, “*A Fúria*”, in *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, nov./2002, n. 66, pp.1287-1309, especialmente pp.1290 e 1308-1309 [g.n.]). É de se imaginar o que pensaria o cidadão comum na iminência de ver a sua causa julgada por um critério de “fúria” (que, ao menos discursivamente, soa bem mais voluntarista do que “científico”...).

ou infraconstitucional (nota n. 214, *supra*). Denominamo-las *decisões ectossistemáticas*, porque não se limitam a recolher elementos extrassistemáticos (como é possível e desejável em sistemas móveis e abertos como o jurídico — *supra*, tópico 5.1, ns. IX a XI), mas **são inteira ou predominantemente engendradas fora do sistema, com base em valores ou princípios que ele não reconhece**. E podem se dar tanto na dimensão adjetiva (decisões processuais) como na dimensão substantiva (decisões de mérito). Assim, p.ex., quando se decide, em sentença judicial, com base em teses como a de que “*o mundo é e deve continuar sendo masculino ou de prevalência masculina*”, ou a de que certa lei perfaz um “*conjunto de regras diabólicas*” porque torna “*o homem subjugado*” pela mulher¹⁸³⁹; ou, em doutrina, quando se diz que “[o] *direito alternativo é norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa*”¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁹ Sentença prolatada nos autos do Processo n. 222.942-8/2006, da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG. Diga-se, a propósito, que (1) a sentença não se baseou apenas nessas premissas, mas também na suposta quebra da isonomia formal promovida pelo texto da Lei Maria da Penha, que protege tão só pessoas do sexo feminino em situação de vulnerabilidade familiar (e, nisso, argumentou tecnicamente, embora — a nosso ver — equivocadamente); (2) a ideologia vazada no “*decisum*”, apartada de qualquer fundamento constitucional, tinha um suposto fundamento *bíblico* (e, nessa alheta, sem qualquer ranço de esquerda; aliás, bem ao contrário); e (3) o mecanismo adequado para a correção do vício ideológico sistematicamente irredutível (como era o caso) era a *reforma da sentença* (que de fato ocorreu), não a instauração de um procedimento disciplinar em face do juiz (como também se deu, perante o CNJ), que bem ou mal expressou sua convicção “jurídica” (jusnaturalista?) a respeito do tema. Em nota pública de outubro de 2007, o magistrado justificou-se: “*Tivesse eu me valido de poetas como Carlos Drummond de Andrade, João Cabral de Melo Neto ou Guimarães Rosa [...] talvez não estaria também sendo criticado! Por que, então, não posso — ainda que uma vez na vida, outra na morte — citar Jesus, se é Ele o poeta dos poetas e o filósofo dos filósofos?*”. De fato, a sentença buscava justificar os “princípios” eleitos pelo fato de o Preâmbulo da Constituição da República citar *Deus*; e, em um dos argumentos esgrimidos na sentença (no sentido da iniquidade da Lei n. 11.340/2006, por privilegiar mulheres), lia-se que “[a] *idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem!* À própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento [...] — Jesus ainda assim a advertiu, para que também *as coisas fossem postas, cada uma em seu devido lugar*: ‘que tenho contigo, mulher!’” (g.n.). Em síntese, fundamentação puramente ideológica e ectossistemática; mas, ainda assim, uma fundamentação, como exige o artigo 93, IX, da CRFB. Perseguir juízes por suas convicções pode ser um precedente bem mais perigoso do que tê-los com vezes fundamentalistas, porque para esses sempre há os mecanismos institucionais de reforma, enquanto para aqueles (e para os demais) restará o sentimento de perda da independência. V. nota n. 217.

¹⁸⁴⁰ Cláudio Souto, *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.96. Com todas as vênias, há muitas “legalidades estatais” acessíveis, como é a própria *legalidade constitucional* (logo, legalidade em acepção *material* e não formal). E julgar pelo critério da legalidade constitucional não é julgar por “norma desviante do Estado”, mas, antes, por norma *fundadora* do Estado. Um direito “fora” do Estado seria um direito natural; superadas, porém, as teorias jusnaturalistas (de base teológica ou de base racional — dessas, aliás, derivou o conceitualismo), o que justificaria esse direito? O sentido de “justiça social” de um só homem? Porque, fora da legitimidade dialógica da produção normativa estatal ou convencional, não há base objetiva para sustentar sequer a ideia habermasiana de direito como processo comunicativo.

Alguns sistemas legais chegaram mesmo a estimular a criatividade judicial ectossistemática de fundo ideológico, como se deu com o sistema penal nacional-socialista alemão, vigente entre 1933 e 1945, que previra a figura dos “crimes contra a raça”, baseara certos tipos penais quase que exclusivamente em elementos normativos ideológicos ou muito abertos (como “*deutsche Volksgeist*” ou “*Bedrohung der Volksgesundheit*”¹⁸⁴¹, respectivamente) e conferira aos juízes criminais uma discricionariedade quase ilimitada na fixação de sanções, admitindo sentenças com penas indefinidas e a manutenção de detentos sob a custódia do Estado mesmo após findo o tempo de condenação, para prestação de trabalhos forçados, até a cessação de sua “periculosidade social”. Nesses horizontes, a irracionalidade sistêmica é o fator imperante¹⁸⁴².

O juiz “desconstrutor” da lei é, em geral, uma figura mais mítica do que real. Há certamente incontáveis episódios em que juízes sociais (e outros) afastam a vigência ou a eficácia da lei no caso concreto. As mais das vezes, porém, assim terão feito para aplicar princípios constitucionais a eles preferíveis, dentro de padrões razoáveis, inclusive na mais rasa percepção kelseniana do Direito. Em tais casos, não estão propriamente “desconstruindo”, mas “(re)construindo” o sistema, em atitude dialógica com os demais Poderes da República, como veremos no tópico 23.1. Já para as episódicas *desconstruções ideológicas* (que ocasionalmente ocorrem), pretendendo gerar efeitos sociais discricionários sem razoável amparo na “*Weltbild*” constitucional, haverá sempre o filtro da “*due process clause*”, inclusive com a função revisora dos tribunais (como se deu, aliás, no caso da nota n. 1839 — embora ali o vezo não tenha sido de resultado, mas de princípio). Resgatando ALEXYY (de um contexto mais restrito), é curial reconhecer que qualquer predisposição hermenêutica a somente ter em conta as *consequências* da interpretação constituirá sempre uma “redução injustificável” (“*nicht gerechtfertigte Verengung*”) da atividade de

¹⁸⁴¹ Admitindo, neste último caso, a rápida deportação de estrangeiros que representassem ameaça à saúde pública.

¹⁸⁴² Cf. “*Nazi criminal code has severe penalties*”, in *The Lewiston Daily Sun*, 17.11.1933, p.19 (evidenciando, pela comparação com o caso norte-americano, que tais técnicas — como o próprio acento ideológico-moralista da legislação penal — não foram, de resto, exclusivas de regimes autoritários ou totalitários).

interpretação/aplicação do Direito¹⁸⁴³, mormente em sede de direitos humanos fundamentais.

VIII. E, afinal de contas, o *princípio da proteção*, imanente ao Direito do Trabalho (material)¹⁸⁴⁴, aplica-se ao processo do trabalho? Há, na doutrina universal, grande dissensão a respeito. Doutrinas de cunho mais liberal supõem que não; já os pensadores de linha mais social advogam que sim. A questão gira em torno do conteúdo mínimo da garantia de *isonomia das partes* — e, mais circunscritamente, de *paridade de armas* (“*Waffengleichheit*”) —, como vínhamos de apontar acima.

Dizíamos, com LEBRE DE FREITAS, que a rigor a igualdade processual não é e nem pode ser uma *identidade formal absoluta de todos os meios*, seja em razão da diversidade nas situações processuais das partes (autor, réu, assistente, opoente etc.) — conquanto se preordene uma mínima equivalência de faculdades, meios de defesa, ônus e cominações processuais para todos, sempre que as posições perante o processo sejam equiparáveis —, seja ainda em face da necessidade de “*um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo*”, quando a “*desigualdade objectiva intrínseca*” assim impuser¹⁸⁴⁵. E é esse, de fato, o caso do processo laboral.

Em certa medida, essa mesma percepção informou a reforma processual civil portuguesa operada com o DL n. 329-A/1995, com o DL n. 180/1996 e com o DL n. 375-A/1999 (entre outros), que flertara igualmente com o “socialismo jurídico oitocentista” de Menger e Klein¹⁸⁴⁶ (e portanto mereceria, em tal medida, aquela mesma crítica de VERDE e MONTERO AROCA). Para além de aprofundar as linhas-mestras do processo

¹⁸⁴³ Robert Alexy, *Theorie...*, p.144. *In verbis*: “*Angeichts der Vielfalt möglicher Argumente für Präferenzsätze gilt, daß das gelegentlich empfohlene alleinige Abstellen auf Folgen eine nicht gerechtfertigte Verengung ist*”. O autor cuida, na passagem, de como a sua “lei de colisão” aplica-se aos “enunciados condicionados de preferência” (“*bedingten Präferenzsätzen*”)

¹⁸⁴⁴ Cf., por todos, Plá Rodriguez, *Princípios...*, pp.28 e ss. Em Portugal, cf. Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Parte I*, pp.489-492 e 498-501. V. ainda, *supra*, a nota n. 86. Enfim, para um arco panorâmico mais completo, veja-se ainda Miguel Hernainz Marquez, *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*. 10ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, *passim* (Espanha); Jean-Claude Javillier, *Droit du Travail*, 7ª éd., Paris, L.G.D.J., 1999, *passim* (França); Walter Kaskel, Herman Dersch, *Derecho del Trabajo*, Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1961, *passim* (Alemanha); e *Cass. j.06.09.1980*, n. 5156 (Itália).

¹⁸⁴⁵ Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.105-106.

¹⁸⁴⁶ Cf. Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.28-29 (citando os austríacos ANTON Menger e FRANZ Klein).

civil chiovendiano (oralidade, imediação, concentração) ao tratar a audiência preliminar com a importância contida nos artigos 508º-A e 508º-B do CPC português (na mesma linha, aliás, do artigo 331 do CPC brasileiro, *ut* Lei n. 8.952/1994), a reforma avigorou grandemente aspectos ligados à *igualdade substancial das partes* — a ser assegurada pelos poderes assistenciais do juiz (*infra*, tópico 23.2) — e à *cooperação processual*, “*ex vi*” dos artigos 3º-A e 266º, 1 e 2, do código processual luso.

Ora, tal percepção que *socializa* o processo, reduzindo a “desigualdade objetiva intrínseca” entre as partes adversárias — desigualdade que, nas lides laborais, não decorre de “certas posições processuais” (LEBRE DE FREITAS), mas da própria *condição material* da parte processual economicamente hipossuficiente —, se foi sentida no processo civil desde os oitocentos, com maior razão fez-se sentir, de modo quase endêmico, no processo do trabalho. Advém de visões de mundo (visão “social” para alguns, “autoritária” para outros), é certo; mas também advém de *necessidades*. Por conseguinte, não hesitamos em afirmar, com a devida vênia aos que assim não entendem, ser o *princípio da proteção* um princípio informador não apenas do Direito do Trabalho, mas também do próprio Direito *Processual* do Trabalho. E, diante das funções normogenéticas do princípio tutelar, é imperioso reconhecer que, afinal, as leis processuais laborais produzem realmente um modelo abstrato de processo/procedimento de índole *tutelar*. Nesse caso, porém, não se pode absolutamente atribuir a referida índole à origem classista de algumas organizações judiciárias: as regras processuais mais favoráveis ao trabalhador defluem do próprio *direito material* subjacente. Evidência disso é que o processo do trabalho é informado por regras de índole protetiva, que buscam tutelar mais eficazmente a hipossuficiência econômica da parte e/ou a natureza alimentar dos seus direitos, mesmo onde não existem mais ou nunca existiram justiça classistas. É assim, p.ex., na Itália, à vista dos artigos 413 (competência “*ex ratione loci*”), 417 (postulação pessoal e demandas verbais), 421 (amplos poderes instrutórios do juiz, “*ex officio*” e para além dos limites do *Código Civile*) e 423 (ordem de pagamento imediato, em qualquer estado do processo, de somas incontroversas em favor do trabalhador) do *Codice di Procedura Civile*, entre outros; ou mesmo em Portugal, à vista

dos artigos 3º, 4, 7º, “a”, 14º, 1, 26º, 1, 40º, 3, 74º, 79º, “a”, e 156º, 3, do CPT, entre outros¹⁸⁴⁷.

Essas inflexões da legislação processual laboral, em função do princípio tutelar, relativamente aos padrões adotados no processo civil, são inclusive *naturais*, desde que se entenda que

“os institutos processuais são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distancia entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual. O reconhecimento de tal necessidade de os institutos processuais serem concebidos a partir do direito material resulta da inafastável coordenação entre tais ramos da ciência jurídica. Preserva-se a autonomia do processo [apenas] com a aceitação de se tratar de realidades que se referem a patamares dogmáticos diferentes”¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁷ A preocupação tuitiva transparece, ademais, na própria exposição de motivos do DL n. 480/1999. *In verbis*: “*Esclarecem-se e ampliam-se os termos do exercício do direito de acção das associações sindicais em representação e substituição dos trabalhadores, assim se concretizando compromissos assumidos em sede de concertação social, indo-se ao encontro das preocupações de superação das crescentes dificuldades dos trabalhadores em fazerem valer individualmente os seus direitos em certos sectores e correspondendo-se ao que já se encontra consagrado noutros diplomas justlaborais, designadamente em sede de igualdade entre sexos no trabalho e emprego e proibição de discriminações baseadas na sua diferença. Todavia, a solução consagrada passa pelo entendimento de que tal alargamento deve ficar condicionado à prévia autorização dos trabalhadores representados ou substituídos, à sua qualidade de associados da estrutura sindical interveniente e à violação, com carácter de generalidade, dos direitos individuais em causa, ao mesmo tempo que, nesses casos, se limita a intervenção processual do trabalhador ao estatuto de assistente. Por esta via, retoma-se, com ligeiras alterações, a formulação proposta no Código de Processo do Trabalho de 1979, de modo a respeitar o princípio constitucional da liberdade sindical e a conter em níveis considerados toleráveis o previsível aumento de litigação*”. Adiante, noutro contexto: “*Inovação de largo alcance é a supressão do princípio da obrigatoriedade de cumulação inicial dos pedidos, consagrado no Código de 1981. Este princípio vinha sendo justificado com base no entendimento de que representava garantia de pacificação social. Todavia, não sendo sequer inequívoco tal valor garantístico do princípio, ponderou-se que não deveria sobrepor-se a outros valores em equação, omeadamente a natureza irrenunciável de alguns direitos dos trabalhadores e cuja efectivação poderia ficar inviabilizada por um simples lapso, muitas vezes nem sequer do próprio titular, e isto sem esquecer a situação de subordinação dos trabalhadores que, podendo não se sentir inibidos em agir relativamente a aspectos fundamentais do seu estatuto laboral (como seja a categoria profissional), certamente poderiam sentir como factor de constrangimento o imperativo legal em alargar um eventual litígio a outros aspectos menos determinantes daquele mesmo estatuto. Por outro lado, a experiência revela que nas situações de verdadeira ruptura contratual o trabalhador, confrontado com a necessidade de recorrer a juízo, se determina a optar por fazer valer numa única e mesma acção todos os direitos de que julga ser titular, independentemente de assim resultar de obrigação legal, mas como via para obter a resolução global e unitária de todas as questões emergentes. De outro modo, eliminando-se a cumulação obrigatória de pedidos, abre-se a porta a que qualquer trabalhador possa provocar uma mais imediata definição de situações fundamentais na relação jurídico-laboral, de forma a ficar estabelecida a sua legalidade ou ilegalidade, com eventual vantagem para o próprio empregador e sem receio, da parte do trabalhador, da preclusão de, mais tarde, em nova via de acção, fazer valer os demais direitos esultantes de tal relação*” (g.n.).

¹⁸⁴⁸ Bedaque, *Direito e Processo...*, pp.14-15.

Aliás, não fosse assim, e houvesse no direito de ação os níveis de *abstração* que a doutrina oitocentista enfatizou (v. nota n. 364, *supra*), não haveria qualquer sentido em se *classificar* as ações meramente declaratórias¹⁸⁴⁹ ou de simples apreciação¹⁸⁵⁰, condenatórias, constitutivas, executivas “*lato sensu*”, mandamentais), como se faz na generalidade das doutrinas nacionais¹⁸⁵¹. No caso brasileiro, as emanações do princípio tutelar no processo do trabalho, em seara legislativa e jurisprudencial, sentem-se em pelo menos três momentos:

(a) o “*ius postulandi*” conferido diretamente às partes — i.e., a *dispensa da obrigatoriedade do patrocínio de advogado* em primeiro e segundo graus de jurisdição (artigo 791, *caput*, da CLT) —, apesar do que diz a CRFB em seu artigo 133 (mas com o beneplácito do STF na ADI n. 1.127), tendo em conta que o autor da ação será, na imensa maioria das vezes, o trabalhador hipossuficiente econômico;

(b) a *gratuidade judiciária*, que é praticamente universal na Justiça do Trabalho (artigo 790, §3º, da CLT), à diferença das justiças comuns federal e estaduais, em que geralmente se exige o recolhimento prévio de custas e despesas processais, tornando excepcional a gratuidade;

(c) as inúmeras hipóteses de *inversão do ônus da prova*, muitas hauridas da jurisprudência já consolidada do TST, em geral para situações nas quais a prova do fato constitutivo do direito representaria, para o reclamante trabalhador, óbice intransponível ou de difícil transposição (veja-se, *e.g.*, a Súmula n. 338 do C.TST, já transcrita¹⁸⁵², que transfere ao empregador o ônus da prova das jornadas de trabalho, quando não mantiver registros idôneos de ponto, à maneira da norma do artigo 74 da CLT).

¹⁸⁴⁹ Expressão utilizada no Brasil (artigo 4º do CPC).

¹⁸⁵⁰ Expressão utilizada em Portugal (artigo 4º do CPC).

¹⁸⁵¹ Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição, direito material e processo*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p.192; Gustavo Santana Nogueira, *Curso Básico de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, t. I, p.68.

¹⁸⁵² V. nota n. 43.

IX. Mas, para além da sua função normogenética nos âmbitos legislativo e jurisprudencial, acaso há outros efeitos que o princípio da proteção espraie no marco dos processos judiciais, nomeadamente no plano hermenêutico? Em outras palavras, o princípio tutelar *autoriza o juiz do Trabalho* a decidir, na dúvida, em favor do trabalhador? Há aqui algum sentido de “parcialidade”?

Por muito tempo se discutiu, no processo laboral, a existência de um critério de decisão derivado diretamente do princípio tutelar. A esse suposto subprincípio, de aplicação estritamente hermenêutico-decisória, associou-se a expressão “*in dubio pro operario*” (ou “*in dubio pro misero*”). Houve quem o aceitasse com grande amplitude, similar àquela do “*in dubio pro reo*” no processo penal (e, logo, se houvesse aqui indícios de parcialidade orgânica, cumpriria afirmar o mesmo dos juízos e tribunais penais), mas no sentido *inverso*: tendo o juiz dúvidas quanto à *interpretação da fonte formal* ou quanto à *interpretação dos fatos*, deveria sempre decidir *em favor do trabalhador*, à vista da proibição sistêmica do “*non liquet*” (no Brasil, artigo 126 do CPC). Outros, ao revés, negaram a existência mesma do “*in dubio pro operario*” na esfera jurídico-material¹⁸⁵³; e, por consequência, qualquer efeito irradiável na esfera jurídico-processual.

Pontuemos de chofre a nossa posição.

O princípio da proteção, também dito princípio tutelar, admite três principais manifestações distintas: **(i)** o subprincípio da norma mais favorável (atuando no concurso de normas jurídico-laborais); **(ii)** o subprincípio da condição mais benéfica (atuando nas questões de direito adquirido em sede trabalhista); e **(iii)** o subprincípio do “*in dubio pro operario*” (atuando no campo hermenêutico-decisório, como dito). Esse último não se reporta a *fatos*. Reporta-se a *normas jurídicas* (e à sua interpretação). E, abstraída a atuação normogenética do princípio da proteção — integralmente considerado — em sede processual (*supra*, n. V), o derradeiro subprincípio é, em nossa opinião, o que mais releva para o processo do trabalho. Vejamos.

¹⁸⁵³ Cf., por todos, Godinho Delgado, *Curso...*, pp.213-213 (apresentando a polêmica e refutando o subprincípio).

Na dicção de PLÁ RODRIGUEZ¹⁸⁵⁴, que aqui adaptamos, o subprincípio do “*in dubio pro operario*” expressa o critério pelo qual, sendo a norma jurídica trabalhista suscetível de entender-se de vários modos razoáveis, impõe-se ao intérprete/aplicador a opção pela interpretação mais favorável ao trabalhador. Então, realmente imita o “*favor pro reo*”, encontradiço no direito e no processo penal, mas *com menor amplitude*, já que no processo penal as próprias provas — ou a insuficiência delas — devem ser interpretadas em favor do réu, em caso de dúvidas, “*ex vi*” do art. 386, II, V, VI, *in fine*, e VII, do CPP (no Brasil). Não é um critério desconhecido, ademais, do próprio direito privado, amiúde em relação ao devedor, porque, “*na generalidade das relações civis ou comerciais, o devedor é o mais fraco e necessitado*”¹⁸⁵⁵. Vetorialmente, porém, há uma notável inversão no “*in dubio pro operario*”, porque o “mais fraco e necessitado” nas relações trabalhistas é geralmente o trabalhador, dito hipossuficiente econômico; e, no entanto, o trabalhador figurará majoritariamente como *autor* (e não réu) nas ações trabalhistas.

Por outro lado, o subprincípio em testilha não é um salvo-conduto para todas as teses jurídicas do trabalhador. Limita-se a atender a função geral de reequilibrar materialmente as posições das partes antagônicas (empregado *vs.* empregador), fazendo-o no campo da proibição do “*non liquet*”, para subministrar um critério de decisão quanto ao juiz acorrer dúvida razoável quanto à interpretação da fonte formal. E nisso o critério atende à ordem constitucional posta, tendo-se por pressuposto que toda a legislação trabalhista tem sua gênese no princípio da proteção, não raro desfechado nas constituições, expressa ou implicitamente (no Brasil, v. o artigo 7º; em Portugal, v. os artigos 53º e 59º). Consequentemente, na dúvida semântica, atende melhor à perspectiva constitucional aquela interpretação que melhor proteger o *destinatário* dos direitos, liberdades e garantias sociais. Como, porém, não se trata — insista-se — de um salvo-conduto hermenêutico, a sua aplicação prende-se a certas condições. Perfilhamos basicamente aquelas que MARIO DEVEALI¹⁸⁵⁶ indicou, também com adaptações:

¹⁸⁵⁴ Plá Rodriguez, *Princípios...*, p.43.

¹⁸⁵⁵ *Idem, ibidem*. No processo civil brasileiro, veja-se a propósito a norma do artigo 620 do CPC, pela qual, “[q]uando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

¹⁸⁵⁶ *Idem*, p.44.

(a) a **dúvida razoável**: o critério do “*in dubio pro operario*” não se justifica se não houver, a propósito do sentido ou alcance da norma jurídico-laboral, uma dúvida séria (que não se confunde com ignorância, atecnia ou artifício);

(b) a **mínima conformidade com a vontade do legislador “*lato sensu*”** (é dizer, com a sede original do comando normativo, tanto nas fontes heterônomas como nas fontes autônomas): o sentido favorável a se adotar deve ter um *mínimo respaldo na literalidade do texto normativo*; do contrário, o juiz arvora-se em legislador, criando normas a seu bel-prazer, ignorando as funções constitucionais do Poder Legislativo e subvertendo a independência harmônica dos poderes da República.

A respeito da segunda condição, cabe um comentário. A “mínima conformidade com a vontade do legislador” não significa necessária conformidade com a vontade do legislador *histórico*, mas com a chamada “*mens legis*” (que não se confunde com a “*mens legislatoris*”). Isso porque não se deve ir primeiro às fontes históricas (*e.g.*, aos anais legislativos) para se atingir o sentido e o alcance da norma; ao contrário, “*primeiro se alcança o sentido da norma (se interpreta) e só depois é que se descobre a intenção do legislador*” — legislador, aqui, em acepção *objetiva*¹⁸⁵⁷. Entram em ação, para tanto, todos os métodos convencionais de interpretação (gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, com ênfase para os dois últimos).

No Brasil, o subprincípio do “*in dubio pro operario*” tem sido manejado com relativa frequência pelos tribunais regionais e pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, conquanto nem sempre seja reconhecido. Exemplo disso é a OJ n. 273 da SBDI-1/TST, que resolveu em favor dos trabalhadores dúvida de interpretação pendente até 2008: o TST reputou *salarial*, com a consequente possibilidade de reflexos nos demais títulos do contrato de trabalho (férias, descansos semanais remunerados, décimos terceiros salários, verbas rescisórias etc.), a natureza jurídica das *horas-intervalo* suprimidas pelo empregador, que devem sempre ser pagas com acréscimo de cinquenta por cento (artigo 71, §4º, da CLT). Havia quem sustentasse, àquela altura, terem natureza indenizatória, sem

¹⁸⁵⁷ Ferraz Jr., *Introdução...*, pp.246-247.

gerar quaisquer reflexos. E o texto normativo permitia, com efeito, as duas interpretações. Optou-se pela mais favorável a quem trabalha. A orientação jurisprudencial do TST não vincula os juízes de primeiro e segundo graus, é certo, mas obviamente tende a ser um importante elemento que se aduz à formação da convicção judicial nos casos concretos.

Registre-se, alfim e ainda uma vez, que o “*in dubio pro operario*” em nada interfere com a interpretação de *atos* e *provas* no processo do trabalho. Se a dúvida do juiz assenta-se sobre o significado das provas produzidas nos autos, não pode simplesmente sentenciar em favor do trabalhador, como “critério material de decisão”, porque essa predisposição malferiria o princípio do juiz natural e, por ele, o próprio “*procedural due process*”. Em tais hipóteses, as regras de distribuição do ônus da prova é que definirão as possibilidades de decisão (no Brasil, o artigo 818 da CLT e o artigo 333 do CPC). Nada obstante, dissemos há pouco que mesmo as regras legais de distribuição do ônus da prova podem ser dinamizadas e inclusive invertidas (cf., *supra*, a referência à Súmula n. 338 do TST; no mesmo sentido, o cancelamento da OJ SDI-1 n. 215, que atribuía ao empregado o ônus da prova dos requisitos indispensáveis para o direito ao vale-transporte, por força da Resolução TST n. 175/2011). Para tanto, o juiz deve observar as circunstâncias e os interesses materiais concretamente afetados, dando a completa e oportuna informação às partes. Infletirá o “*procedural due process*”, se o caso, a partir das necessidades do “*substantive due process*”. Mas isso não se relaciona diretamente com o princípio da proteção ou com o subprincípio do “*in dubio por operario*”. Adiante, trataremos melhor do tema (§29º).

§ 23º. O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO PÓS-MODERNO. O JUIZ CONSTRUTIVO

23.1. SOCIEDADE PÓS-MODERNA, CONFLITO DE INTERESSES E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

I. Nos §§ 21º e 22º, examinamos os legados históricos do oitocentismo e do novecentismo para o perfil funcional da figura do juiz — respectivamente, o *juiz imparcial* (que não faz eleitos no processo) e o *juiz engajado* (que não desconhece as variáveis extrassistemáticas) — e, bem assim, as suas manifestações teratológicas (o juiz “enunciador” e o juiz “desconstrutor”). Parafraseando LEBRE DE FREITAS¹⁸⁵⁸, o juiz configurado na concepção liberal do processo era reduzido ao papel de árbitro em um jogo de regras preestabelecidas (e, aduza-se, inflexíveis), não lhe cabendo qualquer proatividade, mas tão só a passiva assistência e o regular arbitramento. A proatividade exprimia-se pelo princípio dispositivo, incumbindo apenas aos “jogadores” — i.e., às partes —, que tinham de dispor do processo em termos equivalentes àqueles em que lhes era dado dispor da relação jurídico-material subjacente. Na outra extremidade, o juiz configurado por uma concepção “emocionalmente” engajada do processo, ligada ou não a uma preestrutura judiciária classista, desprega-se das bases objetivas do sistema jurídico e assume totalitariamente o protagonismo processual, relegando a atividade processual das partes a um papel secundário e reagindo aos fatos sociais e jurídicos, como aos próprios atos processuais exclusiva ou predominantemente de acordo com valores filosóficos, sociais, morais ou religiosos que assume como do Estado, mesmo à míngua de fundamentos intrassistemáticos bastantes (= *decisões ectossistemáticas*). Já demonstramos que nenhum desses dois paradigmas atende bem à promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁸ Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.121-122.

¹⁸⁵⁹ Para uma correlação dessas idiossincrasias no campo legal-processual, cf. MONTERO AROCA, “*Il processo civile “sociale”...*”, pp.565-566. O autor espanhol observa, na tradução italiana, que o século XX terminou legando à posteridade “*le due concezioni più estreme del processo civile*”: em um extremo, o “*negare al giudice la potestà necessaria a svolgere la sua funzione, negazione, questa, tipica del liberalismo di taglio individualista, che le propugnava nello stesso modo in cui in generale propugnava l’esclusione dello Stato da qualunque ingerenza nella vita sociale che andasse oltre la sicurezza dei cittadini*”; e, no outro

Convém, portanto, considerar um terceiro paradigma, quiçá melhor ajustado ao seu tempo. Há um modelo de juiz para a pós-modernidade?

Do Direito na pós-modernidade, verificamos (tópico 11.2) serem seus atributos, entre outros, as seguintes: **(i)** o sentido de tolerância, que se traduz em pluricentralidade e sincretismos teóricos; **(ii)** o relativismo, com o consequente abandono dos grandes relatos explicativos e das teorias universais, cedendo espaço para explicações não alinhadas **(iii)** a revalorização da “*phronesis*” grega (= sabedoria prática) e da “*prudentia*” romana (que outrora se manifestou, p.ex., na grande ductilidade da jurisdição “*ex fide bona*”), resgatando a ideia de Direito como “arte” do bom e do justo (CELSO); **(iv)** a aceitação da existência de aporias jurídicas; **(v)** a transcendência normativa; **(vi)** a desconexão com as ideias e concepções do direito moderno-liberal-formal; e **(vii)** a legitimação dos procedimentos como técnicas para alcançar fins.

A partir desses atributos, e com foco constante na garantia do conteúdo essencial do “*procedural due process*” (na espécie, “imparcialidade” e mínima imparcialidade — *supra*, tópico 5.2, n. III) — o que significa, para a atividade judicante, reconhecer um certo *balizamento sistêmico-objetivo* que admita, por um lado, a permeabilidade do sistema jurídico a elementos extrassistemáticos e, por outro, a necessidade de preservá-lo de tendências decisionistas ectossistemáticas —, pode-se formatar o paradigma daquilo que designamos por **juiz construtivo**, ao qual associamos, na tarefa de dar solução aos conflitos de interesse interpessoais ou coletivos, as seguintes características:

(1) a opção primacial de julgar por princípios jurídicos (sejam os positivos, sejam os pressupostos), recorrendo-se às normas-regras “*si et quando*” os secundarem e corroborarem¹⁸⁶⁰;

extremo, os modelos que relativizaram o “*ne procedat iudex ex officio*” e o “*ne eat iudex ultra petita partium*”, nos quais o mais característico “*era non tanto che il processo potesse essere iniziato da una persona diversa dal titolare del diritto soggettivo, quanto piuttosto che i diritti soggettivi sostanziali degli individui propriamente non esistevano, sì che non si poteva nemmeno parlare di diritti processuali, come il diritto d’azione, il diritto di difesa o il diritto alla prova. L’inesistenza di diritti processuali va intesa come conseguenza della negazione dei diritti dell’individuo*”.

¹⁸⁶⁰ O “julgar por princípios”, inerente às atuais tendências pós-positivistas, convive melhor com a pluralidade e a pluricentralidade, na medida em que a aplicação de um princípio num dado caso concreto não requer a

- (2) a sensibilidade acurada para os elementos extrassistemáticos (políticos, econômicos, sociais, culturais), “*si et quando*” internalizáveis dentro do horizonte de possibilidades do sistema jurídico (= balizamento sistêmico-objetivo)¹⁸⁶¹;
- (3) a seleção instrumental de teorias jurídicas, de acordo com as suas respostas para o caso concreto¹⁸⁶²;
- (4) o emprego de técnicas combinadas de interpretação/aplicação das fontes formais, privilegiando os métodos de interpretação sistemática e teleológica (que se abrem, porém, à consideração dos próprios elementos extrassistemáticos recolhidos pelo intérprete/aplicador)¹⁸⁶³;

eliminação categórica dos demais (ao contrário das regras, que se sujeitam à lógica do “*all-or-nothing*” — *supra*, §24º). Afina-se, ademais, com a transcendência normativa, se se compreender — contrariamente ao pensamento de ALEXY e aos pressupostos epistêmicos desta Tese (tópico 5.1) — que “norma” e “princípio” são noções autoexcludentes em Direito. Nesse sentido, *e.g.*, Amauri Mascaro Nascimento, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 34ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p.111 (argumentando que os princípios não pertencem ao universo do Direito, mas ao universo da Ética).

¹⁸⁶¹ Horizonte que considera, inclusive, a “função negativa do texto” (*supra*, tópico 12.2, II). O expansivo aproveitamento dos elementos extrassistemáticos — conquanto racionalmente organizado e limitado — corresponde aos atributos da transcendência normativa e da aceitação das aporias jurídicas (= superação do mito da autossuficiência intrassistemática do Direito). Sobre o mito da autossuficiência intrassistemática do Direito, veja-se, por todos, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, São Paulo/Brasília, Polis/Universidade de Brasília, 1989, pp.37-160 (sobre a “unidade”, a “coerência” e a “completude” da ordem jurídica). Sobre o “construtivismo judiciário” alemão, a partir da permeabilidade a partir de certos elementos extrassistemáticos (sociais, econômicos etc.), v. Gerhard Walter, “*Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all’apertura internazionale*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1998, n. 1, pp.36-52.

¹⁸⁶² No plano das ciências sociais aplicadas, qualquer “coerência” deve referir-se primeiramente a valores, sentidos e resultados, para somente depois ajustar-se a modelos jurídico-formais. A função institucional do juiz exige dele o compromisso com princípios e finalidades constitucionais, não a coerência de um cientista ou matemático. Na dicção de ALEJANDRO NIETO, já reportada (nota n. 1060), “*la filosofía postmoderna está ofreciendo cobijo ‘científico’, dignidad intelectual, a juristas que la doctrina tradicional estaba cualificando de impuros y hasta de aventureros. El compromiso, a fin de cuentas, es un signo del tiempo como la escrupulosidad metodológica un rasgo obsoleto impropio de las sociedades de hoy*” (NIETO, *op.cit.*, p.21 [g.n.]). A escolha seletiva de teorias manifesta, pois, os atributos da pluricentralidade e dos sincretismos teóricos, o relativismo, a redescoberta da “*phronesis*”, a desconexão com concepções do direito moderno-liberal-formal e, num certo sentido, a própria legitimação dos procedimentos — inclusive intelectivos — como técnicas para alcançar fins.

¹⁸⁶³ A refletir os atributos pós-modernos da desconexão com concepções do direito moderno-liberal-formal (que privilegiava a interpretação lógico-gramatical) e também a legitimação dos procedimentos como técnicas para alcançar fins.

(5) a franca e honesta admissão das propriedades criativas da jurisprudência¹⁸⁶⁴;

(6) a assimilação e a superação do “dilema jurídico-institucional” da sociedade de risco (tipo emblemático da pós-modernidade), avocando para o Judiciário um papel *político* — com todos os correspondentes riscos (engessamento, alienação, despolitização¹⁸⁶⁵) e as armadilhas (“*Fallstricke*”) dessa atitude¹⁸⁶⁶ — que se revela em dois vetores: (a) a normalização das intervenções judiciais em esferas antes estranhas à atividade jurisdicional típica, como a formulação/correção de políticas públicas e a modulação do mérito de atos administrativos discricionários¹⁸⁶⁷; (b) a projeção dinâmica das questões litigiosas concretas no quadro de equilíbrio institucional dos poderes públicos (“*checks and balances system*”), em relação ao qual o Judiciário passa a atuar com funções corretivas, compensatórias e/ou moderadoras¹⁸⁶⁸; e

(7) o manejo integrado das duas dimensões da “*due process clause*” (“*substantive due process*” + “*procedural due process*”), admitindo e promovendo, no plano da

¹⁸⁶⁴ A refletir os atributos pós-modernos da revalorização da “*phronesis*” e da “*prudentia*” e a desconexão com concepções do direito moderno-liberal-formal (que preconizava uma jurisprudência “declaratória”, como visto).

¹⁸⁶⁵ A que correspondem respectivamente, no estudo de JAIN (*infra*), o “*Erstarrungsargument*”, o “*Entfremdungsargument*” e o “*Entpolitisierungargument*”.

¹⁸⁶⁶ Cf. Anil K. Jain, *Politik in der (Post-) Moderne: Reflexiv-deflexiv Modernisierung und die Diffusion des Politischen*, München: Fata, 2000, pp.231-233.

¹⁸⁶⁷ Cf., por todos, Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.217. *In verbis*: “Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p.ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade [material] desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam”. E no sentido contrário, refletindo a jurisprudência majoritária no século passado, leia-se: “A competência do Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, restringe-se à legalidade do procedimento, sendo-lhe vedada a apreciação concernente ao mérito, conveniência e oportunidade” (TJSC, Ac. MS n. 1999.018648-2, rel. Des. LUIZ CÉSAR MEDEIROS).

¹⁸⁶⁸ A assunção de tais funções políticas pela Magistratura realiza, a um tempo, os atributos pós-modernos da transcendência normativa, da desconexão com concepções do direito moderno-liberal-formal e também a legitimação dos procedimentos como técnicas para alcançar fins. No Brasil, como já apontamos à sociedade (tópicos 13.2, n. III, e 13.3, e notas ns. 1119, 1160, 1170, 1171 e 1177), o STF já foi chamado a decidir “*in abstracto*” temas tão politicamente sensíveis e socialmente momentosos como a possibilidade de experimentos científicos com células-tronco embrionárias, o modo e os efeitos da demarcação das terras indígenas, os contornos jurídicos das uniões civis homoafetivas, a possibilidade de perseguição criminal dos anistiados do regime militar (Lei n. 6.683/1979) à luz da nova ordem constitucional e do direito internacional, os limites dos poderes correicionais do Conselho Nacional de Justiça etc.

concretude jurisdicional (i.e., casuisticamente), *inflexões* de cariz processual em sentido lato (= processo, procedimento, formalidade, forma), a fim de preservar ou perseguir interesses materiais proporcionalmente eminentes, com limites na “*Wesensgehaltgarantie*” do devido processo formal¹⁸⁶⁹.

A combinação dessas características leva-nos a concluir, como alhures (nota n. 1557), que há efetivamente um espaço de *discrecionalidade judiciária*, mas circunscrito primeiramente ao âmbito da *Constituição* (ou àquilo que designamos há pouco como “*ideologia constitucional*”) e depois ao âmbito da lei em sentido material (naquilo que evidentemente não conflitar com o texto constitucional). E revela, ademais, que a concepção do processo na atualidade supõe a atribuição de *maiores poderes* ao julgador (v. tópicos 1.3, n. IV, e 13.2, n. III), acompanhados, porém, de novas responsabilidades: dele se exige, na nova concepção, a *mediação dinâmica* dos conflitos de interesses e a *cooperação* para com as partes na descoberta da verdade (como *valor-tendência* e como *garantia do justo processo na perspectiva funcional-subjetiva* — §18º, n. VI), atitudes jurídicas que passam a integrar a missão institucional de pavimentar o acesso à ordem jurídica justa¹⁸⁷⁰.

Interessa, pois, investigar com alguma minudência quais poderiam ser os limites e as dimensões dessa “discrecionalidade”. E, mais adiante (*infra*, tópico 23.2), quais as possibilidades da cooperação entre o juiz e as partes. Antes, porém, vejamos como o pensamento científico contemporâneo e alguma jurisprudência têm “percebido” esse novo paradigma.

¹⁸⁶⁹ Hipótese que, afinal, consubstancia o objeto desta Tese. No particular, esta característica traduz os atributos da revalorização da “*phronesis*” e da “*prudentia*”, a aceitação da existência de aporias jurídico-processuais, a desconexão com concepções do direito moderno-liberal-formal (ao qual repulsa qualquer instabilidade procedimental) e, acima de tudo, a *legitimação do procedimento como técnica para alcançar fins*.

¹⁸⁷⁰ Cf. Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.122.

II. A *ação criativa* é tão inerente ao novo paradigma de julgador como foi, por todo o século XX, no âmbito dos tribunais constitucionais. Daí dizer-se dele ser *construtivo*¹⁸⁷¹. E tal função construtiva tem sido reconhecida em diversas instâncias e contextos, notadamente quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa humana (o que se explica pelo especial “poder de inflexão” que os valores a eles subjacentes excitam) — o que, já se viu (tópico 13.2), não implica necessariamente em subversão ou usurpação de poderes constitucionais. HESSE¹⁸⁷² afirmou que toda interpretação revela um caráter criativo, o que realmente se realça nas jurisdições constitucionais (em cuja sede geralmente se debatem, em único ou último grau, as questões jusfundamentais), mas sobretudo pela usual abertura das normas constitucionais (geralmente normas-princípios), a criar grandes espaços para o exercício da discricionariedade judicial, mormente se comparadas às regras legais, de arguição mais frequente nas jurisdições ordinárias e dotadas de prescrições mais detalhadas. Num caso ou noutro, porém, dá-se o mesmo tipo de jurisdição criativa:

“Pouco importa se, no caso singular, há colisão entre vários direitos fundamentais, ou se simples leis colidem com outros direitos fundamentais à luz de um direito fundamental: **em muitos casos e em todos os níveis da jurisprudência**, entram em jogo princípios que envolvem uma **interpretação construtiva do caso particular**, no sentido de Dworkin”¹⁸⁷³.

Aliás, HABERMAS identifica esse fenômeno precisamente com a *dissolução do paradigma liberal do direito*, pela via da *indeterminação do Direito* e da (nova) *racionalidade da jurisprudência*, sinalizando ainda para aquela *função moderadora* que o Poder Judiciário passa a desempenhar na relação entre os poderes da República (*supra*, n. I, sexta característica):

¹⁸⁷¹ Noção que, explicita-se, pouco ou nada tem a ver com o “*construtivismo moral*”, especialmente o de tipo kantiano, caracteristicamente *moderno* (e não pós-moderno). Cf., por todos, Rawls, *Justiça e Democracia*, pp. 45-109 e 112-140 (“*Construção e Objetividade*”). O elemento característico desse construtivismo moral é a utilização dos “procedimentos de construção” para a justificação de princípios morais (como, e.g., o recurso à generalização de hipóteses para a identificação dos imperativos categóricos), dando-se em KANT um traço distintivo pela noção de *pessoa* que o filósofo utiliza (p.47): o “procedimento de construção” dos princípios morais consistirá, em KANT, num problema de escolha racional em condições razoáveis, considerando-se os seus agentes idealmente concebidos como *peçoas morais, livres e iguais*. Em síntese, uma teoria *universal* e *universalizante*, infensa a explicações não alinhadas — tudo o que *não serve* à construção de uma prototeoria de decisão judicial escorada nos atributos da pós-modernidade.

¹⁸⁷² Konrad Hesse, *Grundzüge...*, pp.219 e ss.

¹⁸⁷³ Habermas, *Direito e Democracia*, v. I, pp.303-304.

“A decisão constitucional de litígio entre órgãos, em sentido mais amplo, pode ser [...] problemática. Essa competência atinge a separação das funções do Estado, porém **se justifica**, plausivelmente, a partir da **necessidade técnico-constitucional de solucionar conflitos entre os órgãos estatais** que dependem de um entrosamento. [...] Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, **o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação**, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. Por isso, quem segue C. Schmitt e proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo, como o “guarda da constituição”, transforma o sentido da divisão de poderes no Estado democrático em seu contrário”¹⁸⁷⁴.

Outrossim, no sentido da inexorável abertura do Poder Judiciário para a primazia dos princípios e para a própria recepção dos elementos extrassistemáticos na tarefa de interpretação/aplicação do Direito, o *Bundesverfassungsgericht* alemão proclamou, em fevereiro de 1973, que o Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas, havendo um “*plus*” de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, “*cuja fonte está na ordem jurídico-constitucional como uma totalidade de sentido [“Sinnganzen”¹⁸⁷⁵] e que pode servir de correção para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões*”, devendo o juiz fazê-lo *a partir da Constituição* — afastando, se necessário, a aplicabilidade das leis, ou condicionando-a à sua interpretação constitucional —, desde que transite nos limites razoáveis da possibilidade do texto constitucional (“*möglichen Wortsinns*”)¹⁸⁷⁶. Ora, nos conflitos concretos de interesse, o

¹⁸⁷⁴ Habermas, *Direito e Democracia*, v. I, pp.300-301. Relativamente à crítica de HABERMAS ao pensamento de CARL SCHMITT (sobre a atribuição de poderes indevidos ao Executivo), convém lembrar que, no Brasil, um “poder moderador” foi exercido por D. Pedro I e depois por D. Pedro II, até 1889 (arrefecendo em 1846), com base na Constituição de 1824 (artigo 99), que, à maneira da Carta Constitucional portuguesa de 1826, instituiu *quatro* poderes, estando o poder moderador acima dos demais. Em Portugal, observando que a atual função de “*defender a fazer cumprir a Constituição*” (artigo 127º, 3, da CRP) não torna o Presidente da República um “guardião da Constituição”, no sentido schmittiano, mas apenas um “co-defensor” da Constituição, em conformação perfeitamente democrática e republicana, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.577. V. ainda, *supra*, a nota n. 1153.

¹⁸⁷⁵ A que corresponde, na expressão que vínhamos empregando, a “ideologia constitucional”.

¹⁸⁷⁶ BVerfGE 34, 269. In verbis: “*Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist*

instrumento definitivo para a descoberta e a manifestação desse “direito integral” — que passa pelas leis escritas, mas que nelas não se exaure — não pode ser outro que não o **processo judicial**, em que se realiza a razão prático-moral procedimental habermasiana: por ele, como já vimos (*supra*, tópico 11.1, n. IV), consuma-se a relação intersubjetiva de atitude conformativa na qual os atores comunicantes podem obter consensos circulares (*e.g.*, nas transações) ou verticais (*e.g.*, nas condenações) a partir da argumentação dialógica em um espaço público, institucionalizado e formalmente regrado. Valida-se, por esse caminho, a *jurisdição democrática*, preservando-se todos os pilares do Estado Democrático de Direito.

Eis, pois, o perfil do juiz construtivo, que assume especial importância na tutela jurisdicional dos direitos humanos fundamentais. O que, aliás, bem se revela, fora dos muros estatais europeus, na “jurisprudência construtiva” (LOCHAK) do próprio TEDH, que tem descoberto inúmeros direitos fundamentais não explícitos no texto da CEDH, resguardando “construtivamente” a dignidade da pessoa humana nos casos concretos que lhe são submetidos. Assim, *p.ex.*, o TEDH tem reconhecido (i) a proibição de que os Estados-partes expatriem estrangeiros para países onde corram risco sério de submissão a torturas ou tratamentos desumanos e degradantes, como proteção “*par ricochet*” derivada do artigo 3º da CEDH (no que proíbe, aos próprios Estados-partes, a adoção daqueles tratamentos internamente); (ii) o malferimento do direito ao respeito da vida privada e familiar (artigo 8º da CEDH), como efeito de atentados graves ao meio ambiente que impeçam a pessoa de gozar tranquilamente de seu domicílio (*Lopez-Ostra v. Espanha* (1994)); (iii) a tutela convencional indireta de direitos sociais, notadamente em matéria de não discriminação, *v.g.* quanto ao seguro-desemprego (reconduzível, por sua dimensão patrimonial, à esfera convencional do direito de propriedade — *Gaygusuz v. Áustria*, 1996), ou quanto às licenças parentais (reconduzíveis, pela sua dimensão pessoal, à esfera convencional do direito ao respeito da vida familiar — *Petrovic vs. Áustria*, 1998); (iv) a possibilidade de violação da CEDH por *omissão* dos Estados-partes — o que significa reconhecer “obrigações positivas” derivadas das normas convencionais (e, por conseguinte,

Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden”. Cf. também Habermas, *Direito e Democracia*, v. I, p.303.

a *função de proibição de insuficiência* inerente aos direitos humanos fundamentais: *supra*, tópico 14.1, n. III) —, diante do entendimento de que os direitos proclamados devem ser “*não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos*” (*Airey v. Irlanda*, 1979)¹⁸⁷⁷; (v) a iniquidade das legislações que cominam sanções a práticas homossexuais, que não se justificam pela “proteção da moralidade” (*Dudgeon v. Reino Unido*, 1981); e (vi) a iniquidade das legislações que distinguem filhos legítimos de filhos naturais ou adulterinos (respectivamente, *Marckx v. Bélgica*, 1979, e *Mazurek v. França*, 2000). E no campo específico do “*procedural due process*” (artigo 6º da CEDH), como visto (§19º), a jurisprudência do TEDH “descobriu” uma série de princípios garantistas que influenciaram legislação e jurisprudência de praticamente todos os Estados-partes, notadamente no âmbito do processo penal.

O TEDH perfilha, portanto, uma hermenêutica construtiva que identifica, na CEDH, “*un instrument vivant à interpreter à la lumière des conditions de vie actuelles*”¹⁸⁷⁸ — como devem ser identificadas, ademais, as constituições nacionais, por seus respectivos corpos de magistrados, nos Estados Democráticos de Direito. Em comparação com os paradigmas anteriores (o juiz “enunciador” e o juiz “desconstrutor”), o juiz construtivo realiza, no plano judiciário, o movimento intermediário que DEUTSCH¹⁸⁷⁹ e EASTON¹⁸⁸⁰ vaticinaram no plano macropolítico: para se *perpetuar*, um sistema — seja político, seja jurídico, seja judiciário — não pode ser conservador (porque precisa integrar as mudanças), nem tampouco revolucionário (porque a ruptura dos fundamentos cria, no limite, um outro sistema, de diversa natureza e finalidade, a substituir aquele primeiro); deve, antes, ter *capacidade de adaptação*¹⁸⁸¹, pautando-se por um *progressismo calculado*¹⁸⁸². Essa é,

¹⁸⁷⁷ O que releva, no particular, para o reconhecimento de que a *tutela judicial efetiva* também integra a ideia de processo equitativo (v., *supra*, §19º, n. VI), apesar do silêncio do artigo 6º da CEDH. Assim é que “*l’insuffisance de la protection assurée par la loi ou la justice contre les ingérences d’autrui est constitutive d’une violation du droit au respect de la vie privée, l’absence de législation protectrice de l’enfant né hors mariage équivaut à une violation du droit au respect de sa vie familiale, l’impossibilité pour un détenu de recevoir des soins médicaux s’analyse en un traitement inhumain et dégradant ou même en une violation de son droit à la vie*” (Danièle Lochak, *Les droits...*, p.61 [g.n.]).

¹⁸⁷⁸ Danièle Lochak, *Les droits...*, p.61.

¹⁸⁷⁹ Karl W. Deutsch, *The nerves of Government: Models of political communication and control*, New York, The Free Press of Glencoe, 1963, *passim*.

¹⁸⁸⁰ David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, Wiley, 1965, *passim*.

¹⁸⁸¹ “Capacidade de adaptação” que implica, no plano judiciário, a **capacidade de argumentação**: “*Como a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório, mostra-se indispensável o conhecimento deste. Na*

ademais, a vereda que melhor aproxima o “direito-arte” (da “*phronesis*” e da “*prudentia*”, tangendo a ideia de razão prático-moral procedimental habermasiana) do “direito-ciência” (como almejavam os modernos). Não por outro motivo, o progressismo calculado é, para CHÂTELET, “*a lei de evolução do Estado-Cientista: a gestão calculada dos homens*”¹⁸⁸³. E, na correta leitura de PERELMAN, aquela “capacidade de adaptação” realiza-se, nos contextos judiciais, com a “*extrema sensibilidade aos valores, tais como eles estão vivos em determinada sociedade, [o que] condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos o de uma justiça que vise ao consenso, condição da paz judiciária*”¹⁸⁸⁴. Voltamos, afinal, ao perfil do juiz construtivo, como o descrevêramos (n. I).

III. E até onde vai a discricionariedade judicial? Ela realmente existe?

A discricionariedade é, no campo jurídico-administrativo, a relativa margem de liberdade de *avaliação* ou de *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados *pela autoridade competente*, ainda que adstrita à devida forma e aos procedimentos de expedição do ato jurídico¹⁸⁸⁵. E, sobre essa “liberdade” — ainda na seara administrativa —, registrou HELY LOPES MEIRELLES:

medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os pleiteantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, sua história, a metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da equidade na situação dada” (Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.468 [g.n.]). É dizer, todo o cabedal de *elementos intra e extrassistemáticos* direta ou indiretamente implicados no conflito concreto de interesses. Já por isso, PERELMAN chamou a atenção para o número crescente de juristas europeus que passaram a se preocupar com as teorias da argumentação jurídica (entre os quais o próprio R. ALEXY), acompanhando de perto as tradições americanas, e encareceu a importância da “*inclusão, no ensino do direito, de cursos teóricos e práticos consagrados à argumentação*” (p.468).

¹⁸⁸² Châtelet *et al.*, *História...*, p.347.

¹⁸⁸³ Châtelet *et al.*, *História...*, pp.346-347. A ideia de um “Estado-Cientista”, na visão dos autores, está na base das teorias que tencionam edificar uma *ciência de governo* a partir da convergência entre Saber e Estado, o que passa pela análise sistêmica da realidade (*supra*, tópico 5.1, ns. I, II e III) e pelo escólio de autores como RAYMOND ARON. É claro que, na essência, as teorias do Estado-cientista não servem como fundamento teórico para as ideias vazadas nesta Tese, já que presumem uma classe política e judiciária “desideologizada” e despersonalizada, reduzida a meras funções de gestão, o que inclui “alocar autoritariamente valores” a partir de “*inputs*” e “*outputs*” sociais (Easton, *A Systems Analysis...*, *passim*)...

¹⁸⁸⁴ Perelman, *Ética e Direito*, p.468.

¹⁸⁸⁵ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p.383.

“Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica — lei — de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção”¹⁸⁸⁶.

A atividade administrativa evidentemente não se confunde com a atividade jurisdicional. No entanto, na perspectiva que temos defendido, também o juiz, ao decidir concretamente o conflito de interesses, necessita considerar, em contato com a realidade, quais serão inclusive as prováveis *consequências* de sua decisão (= sinéptica), para assim “prover com justiça e acerto”. E, mais, não raro deverá *escolher*, entre as várias interpretações razoáveis da fonte, aquela que melhor se aplique à situação concreta, também com vista ao fim social da norma e ao próprio bem comum (artigo 5º da LINDB). É evidente que essa “escolha” envolve certa liberdade, sem prejuízo do autorreferenciamento sistêmico (que todavia não exclui, antes deve incluir, os elementos extrassistemáticos relevantes).

Daí porque, como já acentuamos em várias passagens (e pelo quanto expendido inclusive neste tópico), temos a convicção de que o juiz também faz *escolhas discricionárias* no marco da sua atividade judicante¹⁸⁸⁷ — embora, à diferença do

¹⁸⁸⁶ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp.110-111. Em Portugal, veja-se, por todos, Oliveira Ascensão, *O Direito*, pp.244-245 e 249-250.

¹⁸⁸⁷ Em especial quando se trata de manejar o princípio da proporcionalidade: em tais ocasiões, os tribunais judiciais terminam *revalidando* (ou não) a própria *discricionariedade estrutural* do legislador, ou construindo a sua própria para o caso concreto (cf. Robert Alexy, *Epílogo...*, pp.32 e ss.). No sentido contrário, veja-se, no Brasil, Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002, p.122-179. Para GRAU, “[o] juiz não produz normas livremente”; e “o que se tem denominado de discricionariedade judicial é o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita **formulando juízos de legalidade (não de oportunidade)**. A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, precedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação que o interprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos” (g.n.). A questão, portanto, é mais conceitual do que prática, vinculando-se ao que se compreende por “discricionário” e/ou por “legalidade”. Supondo que essa “legalidade material” referida por GRAU possa alcançar inclusive a consideração de elementos extrassistemáticos relevantes, não divergiríamos do lente da USP (mesmo porque, “*concessa venia*”, se o

administrador, tenha de **(a)** *coordenar racional e sistematicamente a sua decisão* e **(b)** *publicitar os respectivos raciocínios*¹⁸⁸⁸ (v., e.g., artigo 93, IX, da CRFB), podendo fazê-lo de forma estática (reportando-se exclusiva ou predominantemente aos estatutos legais vigentes, sem atinar para a contextualidade normativa — em especial a Constituição — e/ou para a contextualidade fática) ou de forma dinâmica (maneja elementos intra e extrassistemáticos, em modo de *integração vertical*, à luz das dimensões sinéptica e do pré-entendimento — *supra*, tópico 5.1, n. XII). A *forma dinâmica* é a opção preferencial de juízes afinados com o paradigma construtivo. A forma estática, a opção preferencial de juízes afinados com o paradigma moderno-liberal-formal. Nos raciocínios estáticos, ganha-se muito em facilidade discursiva, pelo próprio método de decisão (em geral, o método *subsuntivo*), mas a miopia sistêmica multiplica o risco de prolação de decisões materialmente injustas (em relação à “*Weltbild*” constitucional) ou formalmente colidentes (em relação ao texto constitucional). Nos raciocínios dinâmicos, mais adequados à pós-modernidade, o método prevalecente é o de *ponderação* ou *sopesamento* (“*Abwägung*” — entre direitos, bens jurídicos, interesses materiais ou mesmo valores).

Quanto aos **limites**, introduzimos o tema alhures, quando examinamos a concretização dos conteúdos jusfundamentais pelo devido processo substantivo (tópico 12.2, n. II). E vamos tratá-los, no que interessa para o nosso estudo, especialmente nesta perspectiva: a da *inflexão do devido processo formal* no contexto de *tutela dos direitos humanos fundamentais*. Tais limites aferem-se sempre *concretamente* (e não abstratamente). Quando no processo houver afetação de natureza jusfundamental (e geralmente haverá, ao menos no que diz respeito às garantias do “*procedural due process*”), os *limites* para a discricção judicial, na escolha entre várias soluções igualmente razoáveis (todas passíveis de competente autorreferenciamento sistêmico), movem-se de acordo com as próprias *funções* dos direitos fundamentais implicados: função de imperativo

administrador deve escolher a melhor solução para o “interesse público” e o juiz deve fazê-lo em vista do “bem comum”, em nenhum dos casos há propriamente um “indiferente jurídico”).

¹⁸⁸⁸ Mais recentemente, tem-se exigido amiúde do próprio administrador que também *fundamente* suas decisões (no Brasil, e.g., veja-se o artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, que elenca, entre os princípios fundantes da atividade público-administrativa, o de *motivação*). Ademais, tendo-a fundamentado (mesmo se *discricionário* o ato administrativo), o Estado-administração vincula-se aos motivos que formalizou, o que possibilita a impugnação judicial do ato se a motivação for falsa ou se o próprio ato não for idôneo à consecução do objetivo declarado (= *teoria dos motivos determinantes*).

de tutela e função de proibição de insuficiência. A partir desse jogo de tensões, dão-se os contingenciamentos gerais e especiais. Então, a restrição a um dado direito fundamental só será constitucionalmente legítima se **(a)** aos princípios e interesses colidentes for atribuído peso maior que aquele atribuído à norma de direito fundamental em questão (*metalimite dialógico* = proporcionalidade); e se **(b)** não agredir a “essência” do direito fundamental em testilha (*metalimite imanente* = “*Wesensgehaltgarantie*”).

IV. Exemplifiquemos, no panorama brasileiro, com o caso de n. 1 do tópico 1.1 (n. VII). Nos termos do artigo 273, *caput*, do CPC, que se aplica subsidiariamente ao processo laboral (artigo 769 da CLT), a antecipação dos efeitos da tutela de mérito deve se dar “*a requerimento da parte*”¹⁸⁸⁹. Em uma situação processual concreta, o juiz depara-se com autor hipossuficiente econômico que, idoso e desempregado, pede prioridade e urgência na tramitação, ante a necessidade de obter rendimentos para fazer frente às despesas de subsistência próprias e da família. Reclama verbas rescisórias trabalhistas decorrentes de demissão sem justa causa no último emprego, conforme TRCT que exhibe. Em sua contestação, a empresa-ré não nega a demissão sem justa causa, nem tampouco alega fato modificativo ou impeditivo dos direitos rescisórios do autor; tampouco controverte os valores apontados na petição inicial (brutos e históricos). A defesa limita-se a negar o débito, sem provar qualquer quitação (mas afastando formalmente o risco de incontrovérsia), para em seguida alegar dificuldades econômicas decorrentes da perda de clientela e deduzir os protestos de praxe (prescrição, deduções fiscais e previdenciárias, critérios de juros e correção monetária etc.). O réu sabe que deve e até pretende pagar a rescisão; mas deseja usar a seu favor o tempo processual, procrastinando o pagamento pelos meses que um procedimento regular pode lhe assegurar. Estão presentes, a rigor, todos os elementos necessários à providência do artigo 273 (prova inequívoca do fato constitutivo do direito do autor e receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ante o próprio risco alimentar alegado e presumível), à exceção do requerimento formal e da provável irreversibilidade da medida (afinal, uma vez “consumidos” os direitos rescisórios feitos em

¹⁸⁸⁹ Há quem reconheça *exceção* à regra do *caput* no parágrafo 6º do artigo 273, advogando, por estrita interpretação gramatical, a possibilidade de antecipação “*ex officio*” nos casos de revelia ou incontrovérsia parcial (v., *infra*, o tópico 27.2.1). Por isso, formulamos hipótese em que a controvérsia está instaurada, ao menos formalmente, quanto ao pagamento das rescisórias (ante a alegação de fato extintivo — o pagamento —, ainda que sem provas).

alimentos, o autor provavelmente não terá como devolvê-los). Em audiência, porém, dá-se que nem o autor (pessoalmente) e nem o seu advogado formulam requerimento de antecipação da tutela de mérito. Que fazer?

No paradigma do juiz “enunciador” da lei, a resposta seria: “nada”. Se a parte se omite em uma manifestação formal legalmente exigida, o princípio dispositivo impede-o de tomar qualquer medida. No paradigma do juiz “desconstrutor” da lei (de viés ideológico socializante), a resposta seria: “tudo”. As objeções formais da lei processual podem ser simplesmente ignoradas, porque “incompatíveis” com o processo laboral (ou por qualquer outra explicação abstrata servível a essa e a inúmeras outras hipóteses, ao sabor das propensões ideológicas). No paradigma construtivo, entretanto, não cabem respostas universais. O problema deve ser pensado *concretamente*, a partir dos metalimites dialógico e imanente. Esse raciocínio concreto é que dirá se, na hipótese, está dentro da discricção judicial “escolher” a antecipação dos efeitos da tutela de mérito “*ex officio*”, independentemente do requerimento formal e da provável irreversibilidade da medida.

Dialogicamente, estão em causa, por um lado, direitos sociais como salários, férias vencidas ou proporcionais e a própria indenização que deve proteger o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (no Brasil, v. artigo 7º, I, III, VIII, X, XVII, XXI, c.c. artigo 10, I, do ADCT); além disso, o valor social do trabalho e a própria dignidade da pessoa humana, a se considerar a alegada e presumível situação de risco alimentar. A esse plexo substantivo de direitos, aliam-se garantias adjetivas, como a da efetividade da jurisdição e a da duração razoável do processo. Do outro lado, está em causa tão só o “direito ao procedimento”, que concretiza basicamente o valor da segurança jurídica. A se garantir, para o réu, a inflexibilidade procedimental, os direitos subjetivos confessadamente devidos estarão sendo, no mínimo, postergados indevidamente (sem considerar o perigo de insolvência futura, a julgar pelos argumentos da defesa); a efetividade da jurisdição e a duração razoável do processo, por seu turno, restarão fortemente menoscabados, porque o processo não assegurará ao credor, com a imediatidade possível, uma verba alimentar líquida, certa e quitável à altura. Na contrapartida, a se *inpletir* a regra formal da cabeça do artigo 273 — logrando-se com isso satisfazer imediatamente os variegados direitos sociais

pendentes —, não haverá grande menoscabo à segurança jurídica, uma vez que o procedimento seguirá observado em todas as ulteriores etapas do processo (inclusive, se o caso, para a colheita de provas, a contradição de argumentos e a decisão final em torno de outras pretensões controvertidas, como p.ex. às horas extraordinárias ou a indenizações por danos morais). No juízo concreto de proporcionalidade, com ALEXY¹⁸⁹⁰, queiramos adotar escalas cardinais que representem as colisões jusfundamentais em termos de afetação recíproca dos direitos e garantias envolvidos, ou então raciocinar pela máxima de que “*quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio [direito], tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro*”, não haverá, em nenhum caso, como concluir razoavelmente que a garantia do procedimento tenha *precedência* sobre os interesses materiais e processuais contrapostos. Ademais, diante da descrição da hipótese, não existem dúvidas de que a inflexão procedimental é *necessária e adequada* para a plena consecução dos interesses materiais e processuais do autor (sem ela, restar-lhe-á resignar-se com o supérfluo tempo do processo e suportar o risco alimentar). Atendem-se, assim, aos três elementos constitutivos do juízo de proporcionalidade: necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto ao *metálimite imanente*, impõe-se indagar se a inflexão pontual do procedimento, no que exige requerimento formal para a antecipação da tutela, vulnera o *conteúdo essencial* do direito ao procedimento (e à segurança jurídica). O caráter periférico da regra procedimental permite afirmar intuitivamente que *não*: se até uma mera formalidade incidental configurar “núcleo irreduzível” do devido processo formal, todo o mais o será, o que é absurdo (= refutação apagógica). Outrossim, é da lógica mais mezinha supor que, se o reclamante pede urgência e preferência na tramitação, obviamente quer ter seus direitos satisfeitos o quanto antes (ainda que não formalize um pedido de antecipação de efeitos)¹⁸⁹¹. Dessarte, fiquemos por agora com a resposta

¹⁸⁹⁰ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.138-154. A ideia de escalas cardinais parte do pressuposto de que há uma “ordem hierarquizada de valores constitucionais”, que muitos juristas não admitem. De nossa parte, admitimo-la, como apontamos em outra obra (G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, *passim*).

¹⁸⁹¹ Daí porque uma segunda solução, igualmente plausível no paradigma construtivo, passa pelo *princípio da cooperação processual* (e não pela concessão “*ex officio*” da medida): o juiz simplesmente *explicaria* ao autor a possibilidade do requerimento e *indagaria* do seu desejo, tomando a resposta positiva como um “requerimento” para os fins do artigo 273, *caput*, do CPC. Nos quadros da Justiça do Trabalho brasileira, essa

“intuitiva”: a antecipação “*ex officio*”, neste caso, tampouco malfere o metalimite imanente. Adiante (§25º), examinaremos com maior cuidado as hipóteses de *máxima tangibilidade* em sede de “*procedural due process*”.

A resposta final, portanto, vai no sentido da *inflexão pontual da norma de procedimento*, a legitimar a antecipação judicial “*ex officio*” dos efeitos da tutela de mérito condenatória — a despeito da provável irreversibilidade (mas, afinal, é do sistema legal-ordinário que verbas alimentares são naturalmente irrepetíveis) —, com a imediata ordem de pagamento dos direitos rescisórios em prazo judicial breve (e, não cumprida, com a constrição patrimonial antecipada e subsequente liberação do numerário ao autor, como autorizam as normas do artigo 273, §3º, c.c. artigo 475-O, §2º, I, do CPC — até o limite de sessenta salários mínimos). Eis, pois, o “procedimento intelectual-constructivo” de uso mais corrente:

- (i) identifica-se a hipótese de risco iminente à integridade de direitos fundamentais substanciais;
- (ii) identifica-se o contexto normativo, i.e., quais os outros direitos e garantias associados à satisfação daquele primeiro direito;
- (iii) identificam-se os direitos e garantias em colisão, notadamente os de cariz processual, e o respectivo contexto normativo;
- (iv) concebem-se as soluções possíveis, dentro de um marco de descrição judicial balizada sistêmico-objetivamente;
- (v) procede-se aos juízos concretos de proporcionalidade e de máxima tangibilidade (= metalimites dialógico e imanente); e

segunda solução é a que mais se verifica, até intuitivamente, na prática forense nacional. Sobre tais poderes assistenciais do juiz, que não estão expressos no texto do CPC brasileiro, cf. *infra* o tópico 23.2.

(vi) decide-se com base no resultado dos dois juízos concretos anteriores, articulando-se e publicitando-se os respectivos raciocínios¹⁸⁹².

Evidentemente, o mesmo procedimento intelectualivo poderá ser utilizado em casos de identificação de risco iminente à integridade de direitos e garantias *processuais* (partindo-se, pois, dessa primeira identificação). Supomos, porém, que tais ensejos sejam relativamente raros. Em uma perspectiva de jurisdição dinâmica e proativa (própria do juiz construtivo e da pós-modernidade), os direitos e garantias processuais geralmente surgirão como *antípodas deontológicas* nos contextos de colisão. E eventualmente *desautorizarão* as inflexões procedimentais cogitadas, como veremos (assim, *e.g.*, amiúde quanto à

¹⁸⁹² Poder-se-ia argumentar, em abono à tese de GRAU (*supra*, nota n. 1887), que então não há discricionariedade, já que o procedimento intelectualivo-construtivo terminaria apontando uma *única solução correta* para o caso (o que importaria dizer que, à mercê de tantos critérios, não haveria afinal qualquer “liberdade”). Esse é um argumento que desconsidera, porém, a perspectiva pós-moderna (da fragmentação, da desreferencialização, do relativismo — tópico 11.1), porque toma por princípio e fundamento a convicção de que idealmente todos os julgadores racionais convergiriam para uma *mesma* solução “correta” (*rectius*: verdadeira). No entanto, as respostas do sistema jurídico não se articulam em derredor do binômio *verdadeiro vs. falso*, mas em torno de *atitudes conformativas*, com pretensão de mero *acerto*, a conferir legitimidade dialógica à decisão (tópico 5.2, n. IV). Nesse encaixe, o procedimento intelectualivo-construtivo poderá conduzir, em um mesmo caso concreto (e inclusive para um mesmo julgador), à identificação de duas ou mais soluções que, situadas no âmbito da discricção judicial sistêmico-objetivamente balizada, são proporcionais e não afetam conteúdos essenciais (logo, todas “certas”). Parece ser o caso do próprio exemplo que figuramos: no final, poder-se-á escolher entre a antecipação “*ex officio*” e a “provocação” da parte autora, com o devido esclarecimento técnico, à guisa de cooperação processual (*supra*, nota n. 1891). Dir-se-ia que a segunda alternativa é menos restritiva, mas assim não nos parece: tendo o autor confirmado o interesse (o que se dará na grande maioria das vezes), tudo se passará, para o réu, da mesma maneira. Como, então, optar por uma ou outra solução? Sugeríamos o caminho que, no Brasil, está indicado pelo artigo 5º da LINDB: optar pela solução mais adequada ao “bem comum”, por exemplo (na espécie, a antecipação “*ex officio*”, pelo efeito pedagógico da sua contundência). Mas, a ser assim, qual a diferença entre a discricção administrativa do secretário de Estado ou a discricção legislativa do parlamentar, que decidem pelo “interesse público”, e aquela do magistrado, que decide pelo “bem comum”? A nosso ver, concretamente *nenhuma*, exceto pela articulação sistêmica que a limita — a discricionariedade judicial é, na expressão de DWORKIN, como “*the hole in a donut*” — e a respectiva publicitação. Tangencia-se, aqui, a chamada “discricção forte” (R. DWORKIN, IGLESIAS VILA; cf., por ambos, Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp.31-63 — e, para mais, veja-se, no texto principal, o excerto subsequente). A doutrina convencional costuma identificar, aliás, *juízos discricionários* na chamada jurisdição voluntária (*e.g.*, interdição de incapaz), porque seriam orientados por “critérios de conveniência”, à semelhança da discricionariedade administrativa; mesmo aí, porém, estamos com OVÍDIO BAPTISTA, que entreviu nessa distinção “*a falsa ilusão de que os verdadeiros juízos jurisdicionais não seriam, em proporção de menor ou maior relevância, igualmente discricionários*. É assim que, em nosso sistema, o magistrado da jurisdição comum, mesmo que se apoie em critérios de conveniência, finge ideologicamente decidir com a racionalidade matemática que o paradigma lhe impõe. Esta é uma das tantas armas de que o paradigma se vale, contra as eventuais exceções que o infirmem. É o mesmo mecanismo de autopreservação paradigmática que faz com que o sistema conviva com tutelas interditais, como as ‘medidas antecipatórias’, fingindo, porém, tratarem-se [sic] de simples interlocutórias, que não digam respeito ao *meritum cause*” (Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, pp.116-117 [g.n.]).

admissão de provas ilícitas no processo). Mas diremos das espécies prováveis de inflexão mais adiante, a seu tempo.

Por agora, resta dizer que, pelo procedimento intelectual-constutivo apresentado e ilustrado, o julgador poderá identificar, em cada situação concreta, os limites sistêmicos da sua escolha. Esses limites tendem a ser tanto maiores quanto maior a complexidade de um caso concreto e a sua demanda pela consideração de elementos extrassistemáticos (i.e., “*hard cases*” — cf. exemplos dessa natureza *supra*, nos tópicos 15.1, 15.3 e 15.4). O que importa em admitir, com IGLESIAS VILA (distinguindo, a partir de R. DWORKIN, entre discrição judicial “débil” e discrição judicial “forte”), que

“[l]a mejor teoría depende del mejor argumento jurídico, de la solidez de una respuesta dentro del esquema de interpretación desde el que es evaluada. La **discreción débil** es el mecanismo que permite alcanzar esa respuesta porque exige al intérprete **valorar la coherencia de sus juicios, y sopesar las alternativas a partir de una teoría compleja acerca de cuáles son los derechos y deberes de los ciudadanos y de cómo reconocerlos en cada caso particular**. [...] Asumir este extremo tiene dos consecuencias relevantes para el rol judicial de adjudicación normativa en los casos difíciles. Por una parte, hace **implausible una visión de la adjudicación como actividad cognitiva que el juez puede llevar a cabo de forma neutral**, sin presupuestos ni juicios interpretativos y, por tanto, **sin apoyo de sus propias convicciones acerca del Derecho**. Por otra parte, **hace el juez responsable de las decisiones que adopta tanto en los casos en los que hay consenso [na comunidade jurídica] como en aquellos en los que hay controversia**. [...] Ahora bien, [...] los mismos argumentos que conducen a la vinculación entre la discreción débil y los casos difíciles, sirven para defender **la necesidad técnica de discreción fuerte cuando un esquema de interpretación no puede alcanzar una respuesta correcta**. En estos casos, inevitablemente, **el juez tiene que elegir entre alternativas como lo haría un legislador consciente, al no poder fundamentar su elección sobre la base de argumentos jurídicos**”¹⁸⁹³.

¹⁸⁹³ Marisa Iglesias Vila, *El problema...*, pp.281-282 (g.n.). Cf. também Ronald Dworkin, “*Judicial discretion*”, in *The Journal of Philosophy*, New York, Journal of Philosophy Inc., out./1963, v. 60, n. 21, pp.624 e ss. (no qual se critica, a propósito, o cliché acadêmico pelo qual hoje se afirma, sem maior reflexão, que “*the exercise of judicial choice or discretion within areas circumscribed more or less tightly by rules is not an occasional misfiring but a characteristic feature of the legal process*” [p.624], ignorando haver modos diferentes de discrição judicial).

23.2. O “MODELO DE STUTTGART” E OS PODERES ASSISTENCIAIS DO JUIZ NA PÓS-MODERNIDADE. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA INERCIAL

I. Demonstramos, no tópico 5.2 (n. IV), que a pretensão política de um “juiz neutro” é falaciosa. Com efeito, a garantia do juiz natural exige imparcialidade (no sentido de) e “imparcialidade” (no sentido da adstrição funcional); não exige, porém, *neutralidade*, inclusive porque o estado de neutralidade moral não é realmente factível em seres humanos na plenitude de suas faculdades intelectuais. Se penso e sinto, opino. **Essa liberdade regrada de convicções** (= livre convencimento motivado), **aliada à diversidade original no acesso às funções ou carreiras judiciais e à própria estrutura dialógica do processo judicial, é o que torna o Judiciário um poder democrático**, mesmo nos sistemas em que os juízes são escolhidos meritocraticamente (e não eleitos).

Nessa linha de argumentação, não deve scandalizar o cientista jurídico a tese — e o *fato* — de que o juiz não é mero árbitro cego da lide, passivo no proceder e equidistante das partes, como reivindicava o direito moderno-legal-formal. Ele pode e deve interferir no processo constantemente, e não apenas de modo *corretivo*, mas também de modo *colaborativo*, a fim de proporcionar o pleno esclarecimento das partes, a máxima transparência nos procedimentos, atos e opiniões, a recíproca lealdade processual e, por fim, a máxima higidez do processo, de modo a permitir um pronunciamento de mérito (i.e., uma decisão judicial de fundo sobre os interesses materiais versados no conflito concreto de interesses). Dessa compreensão, que não é exatamente *nova*, mas é decerto cara a uma visão *pós-moderna* do processo judicial (pela assimilação da “*phronesis*”, pela desconexão com o direito moderno-liberal-formal, pela ideia de legitimação do procedimento judicial como técnica para alcançar um fim — a sentença de mérito — e até pelo sentido de tolerância com as partes), arranca o chamado **princípio da cooperação**; e, bem assim, os chamados **poderes assistenciais** do juiz. O que nos remete ao “*modelo de Stuttgart*”.

II. Nos anos setenta do século passado, na Alemanha, valorizando uma presumida “função assistencial” dos magistrados, alguns tribunais alemães construíram, com base na interpretação flexível da ZPO, um modelo de direção processual proativa a que se denominou “**modelo de Stuttgart**”, como antípoda do modelo liberal do juiz “inerte”¹⁸⁹⁴. O modelo em testilha não pensava estanquamente as posições processuais do juiz, do autor, do réu, dos terceiros intervenientes e dos auxiliares do juízo; antes, concebia-as em unidade funcional, como **comunidade de trabalho** (“*Arbeitsgemeinschaft*”)¹⁸⁹⁵, preservando-se um mínimo de “imparcialidade” (conteúdo essencial do “*procedural due process*”, como diremos).

Conquanto tenha depois encontrado forte resistência junto às cortes superiores, o “modelo de Stuttgart” legou à Alemanha e à teoria do processo uma série de conceitos, princípios e conteúdos ressignificados, como p.ex., no contexto alemão, o “*Frage- und Aufklärungspflicht*” (dever de perguntar, investigar e esclarecer), cujo não exercício pode mesmo desafiar recurso de revisão¹⁸⁹⁶. O elenco de poderes e deveres assim identificado reúne-se no conceito mais largo de “**dever de cooperação judicial**”, a que corresponde um específico princípio processual (“*Prinzip der Kooperation*”). Trata-se, pois, de um **poder-dever** que, a nosso sentir, deriva do “*procedural due process*” (na dimensão da garantia de *tutela judicial efetiva* — o que pressupõe, obviamente, *tutela judicial de mérito*), como diremos. Na dicção de PETERS¹⁸⁹⁷ (baseando-se na exposição de motivos do CPO alemão original), o juiz deve zelar pela exaustiva discussão dos conteúdos da lide, atuando colaborativamente desde a organização inteligível dos elementos do litígio até os esforços

¹⁸⁹⁴ Cf., por todos, Wolfgang Grunsky, “*Il cosiddetto ‘Modello di Stoccarda’ e l’accelerazione del processo civile tedesco*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1971, n. 3, pp. 354-369. V. também J. Pereira Batista, *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*, Lisboa, Lex, 1997, p.72, nota n. 121.

¹⁸⁹⁵ Cf. Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.152 (referindo-se, na verdade, não ao caso alemão, mas aos poderes assistenciais que a reforma processual portuguesa de 1995/1996 conferiu aos tribunais, em uma “*nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal duma luta arbitrada pelo juiz*” (*Introdução...*, p.153). A rigor, não tão nova, considerando um marco cronológico inicial em Stuttgart (ou mesmo antes: v., *supra*, tópico 7.4, n. 1.6).

¹⁸⁹⁶ Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.152 e nota n. 5 (reportando-se ROSENBERG, SCHWAB e JAUERNIG).

¹⁸⁹⁷ Egbert Peters, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Gerhard Lücke, Alfred Walchshöfer (Hrsg.), München, Verlag C. H. Beck, 1992, Band 1, p.999. *In verbis*: “*Der Normzweck findet sich in der Begründung des Entwurfs der CPO angedeutet. So heißt es zu 130 CPO, der Richter sei bei der Gestaltung des Rechtsstreits innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime mittätig; er habe demgemäß Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde*”.

máximos de negociação entre as partes (donde observarmos, *supra* — nota n. 1469 — que a própria *conciliabilidade* é uma garantia processual, já que proporciona para o conflito uma *solução célere, não litigiosa e consensualmente justa*). Na prática, essa concepção precipitou uma tendencial diminuição da disponibilidade das partes sobre a matéria processual (e inclusive sobre suas próprias responsabilidades, o que suscitou críticas), em contrapartida ao reconhecimento de corresponsabilidades a cargo dos tribunais¹⁸⁹⁸.

Podem-se reconhecer duas “origens” para o “modelo de Stuttgart” (uma ideológica e outra propriamente histórica), ligadas a dois expoentes do direito processual europeu: FRANZ KLEIN e FRITZ BAUR.

KLEIN já foi objeto de referência anterior (v., *supra*, tópico 22.2, n. VIII), como nome central de um modelo de processo afinado com o socialismo jurídico dos oitocentos. Os escritos do austríaco influenciariam sentidamente o processo civil alemão durante o século XX, sobretudo porque a *CPO* original, de 1877, preconizava uma concepção marcadamente liberal do processo (*supra*, §21º), conexa a uma ordem jurídico-civil cuja existência pressupunha essencialmente a limitação dos poderes do Estado. Daí a imagem de um processo civil “*no âmbito do qual se tratava sempre de tão somente realizar os interesses dos particulares, um papel bastante passivo*”: a separação maniqueísta entre a coisa pública e a coisa privada sugeria que o Estado-juiz não poderia, em linha de máxima, imiscuir-se nas condições e no desenvolvimento do processo/procedimento, que haviam de ser exclusivamente manejados pelas partes, no seu particular interesse. Na Áustria, bem ao contrário, a influência de ANTON MENDER e FRANZ KLEIN engendrou desde cedo uma “concepção *social* de processo”, trasladada pelo último para a *ZPO* austríaca de 1895, que arrancava da ideia de que nem todos os cidadãos têm de fato as mesmas possibilidades ou o mesmo grau de instrução, o que seguramente interferia com o acesso à jurisdição. Nessa concepção, o “nódulo central” significativo do processo não se resumia às pretensões materiais ou direito subjetivos das partes, alcançando também o *interesse da comunidade* a um acesso mais equânime e universal à ordem jurídica justa e a uma “*eficiente organização*

¹⁸⁹⁸ *Idem*, p.1000.

do processo civil “*assistencial*”¹⁸⁹⁹. Décadas depois, os modelos “classistas” de justiça abeberar-se-iam nessa mesma fonte (*supra*, tópico 22.2), institucionalizando as diferenças a partir da inserção de regras processuais de proteção instrumental (*e.g.*, “*ius postulandi*” das partes, gratuidade processual e, no Brasil, o depósito recursal como pressuposto para o recurso ordinário da empresa) e também de elementos corporativistas (*e.g.*, as representações classistas), esses últimos animados por uma matriz ideológica diametralmente oposta àquela que movera KLEIN.

Pela “concepção social de processo”, o juiz, na qualidade de *realizador do interesse público* e de *representante político da comunidade*, deveria ter uma participação mais efetiva — determinante mesmo — no binômio processo/procedimento. Cogitou-se de um modelo de processo próprio para o Estado social, percebido como instrumento estatal de intervenção para o bem-estar social (“*staatliche Wohlfahrtseinrichtung*”). Daí a necessidade de maiores poderes de direção e intervenção processual, que receberam o nome de “**poderes assistenciais**”, porque próprios daquele “processo civil assistencial” proposto por KLEIN (que, todavia, jamais negou ter o processo civil, por função primeira, a *realização dos direitos materiais* subjacentes à lide, cabendo considerar o “interesse público” tão só *nessa* perspectiva, e não em qualquer outra¹⁹⁰⁰). Essas reflexões influenciaram, como dito, a doutrina processual e depois a própria ZPO alemã,

¹⁸⁹⁹ Ulrich Haas, “*Il rapporto tra il giudice e le parti nel diritto tedesco*”, trad. Daniele Boccucci, in *Revisa de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. 2011, v. 197, pp.238-240 (“*Il rapporto tra il giudice e le parti da un punto di vista ideologico*”).

¹⁹⁰⁰ O que significa dizer que, mesmo na “concepção social de processo” oitocentista, o processo não poderia servir *exclusivamente* a fins ideológicos, como a redistribuição de renda, a “justiça social” alternativa, a expropriação capitalista etc. O modelo de KLEIN jamais justificou, dessarte, o paradigma do juiz “desconstrutor” da lei (*supra*), porque jamais perdeu de vista o escopo primeiro do processo (que fundamentalmente não é um instrumento de “revolução”, mas de ordem). V. Franz Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses*, Wien, Manz, 1900, p.11; também Ulrich Haas, “*Il rapporto...*”, p.239. Sobre os “poderes assistenciais” e a sua origem mais remota na doutrina de KLEIN, ver Ming-Sheng Liu, *Die richterliche Hinweispflicht: Dogmatik und Rechtskultur*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009, pp.16-18; e, ainda, Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp.52-56 (criticando, porém, o modelo proativo, pelo “*reconocimiento de que el aumento de los poderes del juez es algo propio de una ideología que propicia el aumento de los poderes del Estado en detrimento de la libertad del ciudadano, y, después, a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan*”). Enfim, para uma visão panorâmica das ideias processuais de KLEIN e do ÖZPO de 1895, v. Franz Klein, *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Wien, Manz, 1897, *passim*.

especialmente nos anos setenta do século passado, quando se passou a considerar o *elemento social* como um escopo autônomo do processo, para o qual o juiz deveria igualmente atentar, tutelando as posições processuais das partes (ou dos grupos) economicamente débeis, para equalizar os desajustes materiais decorrentes de condições socioeconômicas. Segundo HAAS, esses princípios já não se observam na processualística tedesca, em que hodiernamente se admite, como único escopo do processo civil, aquele da realização dos direitos subjetivos resistidos:

“[o] uso do poder de que o juiz titular deve orientar-se para a consecução eficiente desse escopo [proteção dos direitos subjetivos] (e à possibilidade de toda pessoa vê-lo realizado). Ao fazê-lo, deve-se ter como referência o modelo do cidadão livre e adulto. Detecta-se, finalmente, que o poder do juiz no processo civil alemão é e continua a ser limitado pela liberdade e da responsabilidade das partes”,¹⁹⁰¹.

¹⁹⁰¹ Ulrich Haas, “*Il rapporto...*”, p.240. De nossa parte, reconhecemos no escopo indicado por HAAS apenas o chamado *escopo jurídico* do processo, ao lado do qual aparecem os *escopos políticos* (afirmar a autoridade e a organização do poder legítimo — estabilizando as instituições estatais —, preservar o valor *liberdade* e assegurar a participação democrática nas questões públicas, por meio de ações constitucionais como a ação popular ou a ação direta de inconstitucionalidade) e os *escopos sociais* (pacificar com justiça, educar/conscientizar a sociedade). Estamos, pois, com DINAMARCO, em que “[c]onstituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizonte que antes estavam excluídos de sua preocupação. [...] A independência e responsabilidade do juiz, critérios para seu recrutamento, formas e graus de sua participação no processo, seu compromisso com a justiça, métodos de interpretação da lei substancial, o chamado uso alternativo do direito, a questão da legitimidade das associações de juízes ou de sociedades de advogados, a importância do ensino jurídico etc. — eis uma gama significativa de temas que, por não pertencerem estritamente ao direito processual em si mesmo, jamais figurariam em estudos de um processualista preso às tradicionais premissas puramente jurídicas de sua ciência; mas que, estando ligados a ele de forma funcionalmente muito íntima, hoje são objeto de nossas preocupações e vem sendo incluídos na pauta dos importantes congressos internacionais promovidos pela Associação Internacional de Direito Processual e das jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual” (Dinamarco, *Instituições...*, v. I, pp.126-127 [g.n.]). V., *supra*, a nota n. 230. Não fosse, pois, a percepção de que o processo serve também para obter a *paz social*, “inerente ao bem-estar a que este deve necessariamente conduzir (tais são as premissas do welfare State)”, de modo a se reconhecer “uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade” (*idem*, p.127), o objeto da presente Tese provavelmente nem se justificaria. Em uma visão puramente tecnicista (“*more geometrico*”) do processo, discutir “inflexões” procedimentais seria algo como discutir o erro aritmético em matemática pura: não se discute, corrige-se. E uma observação, de resto, quanto à afirmação de que o escopo do processo é a *proteção dos direitos subjetivos* (ainda HAAS): mesmo nisso há vívidas dúvidas, como aquela externada, no Brasil, por OVÍDIO BAPTISTA (*Jurisdição...*, p.189): “Não tenho a menor intenção de escandalizar, nem pretendo brincar com os conceitos, mas **digo enfaticamente que o “direito subjetivo” não frequenta os tribunais, não se faz presente no foro. Reconheço que esta afirmação pode causar espanto, dado a cômoda passividade com a doutrina proclama ser função primordial do processo a proteção aos direitos subjetivos. [...] Na verdade, quando se atribui ao processo a função de proteger os direitos subjetivos — vendo-os através do que a doutrina diz ser uma visão civilista da ação —, o que ela pretende dizer é que o processo protege, em última análise, essas “emanações” do direito [...]. Não o**

Nada obstante — e conquanto compreendamos, diga-se ainda uma vez, que o *princípio da proteção* deve informar abstratamente certas espécies processuais, como p.ex. o processo laboral (*supra*, tópico 22.2, n. VIII) —, é inegável que os poderes assistenciais foram incorporados à prática processual civil alemã e, mais que isso, à própria legislação. O que nos leva à segunda “origem” do “modelo de Stuttgart” (aquela histórica, a lhe dar o nome), como também e à figura de FRITZ BAUR.

Em finais dos anos sessenta do século XX, na República Federal da Alemanha, as audiências em processos cíveis no primeiro grau de jurisdição haviam se transformado — BÖTTCHER diz “degenerado” — em intercorrências procedimentais puramente formais: não se prestavam à discussão do caso, mas apenas à apresentação burocrática de requerimentos formulares, com o arrastamento da lide de audiência em audiência, sem qualquer debate substancial das questões de fato e de direito. Todo o trabalho preparatório dos juízes amiúde era inútil, porque os advogados os surpreendiam com novos pedidos ou incidentes. A fim de reverter os quadros de entropia processual, docentes universitários e profissionais forenses das regiões de Tübingen e Stuttgart, inspirados em célebre preleção de FRITZ BAUR (1965)¹⁹⁰², passaram a renovar os procedimentos judiciais, para atender a uma série de desideratos de índole substantiva e pragmática, sem todavia arrostar a literalidade da *ZPO*. A esse nova “visão” deu-se o nome de “modelo de Stuttgart”, sobretudo pela localização das primeiras experiências judiciais bem-sucedidas com o modelo. Por ele, revitalizava-se a oralidade dos procedimentos, cabendo ao juiz “conter” os desvios ou excessos postulatorios dos advogados, exercendo seus poderes de direção de modo a pavimentar o caminho para uma audiência bem preparada, em que o caso fosse amplamente discutido e todas as suas circunstâncias, fáticas e jurídicas, restassem

direito subjetivo, enquanto “estado” de quem tem direito. [...] Esta compreensão não é nova, ao contrário é um dado doutrinário muito antigo, que teve em Theodor Muther uma expressão eloqüente, ao mostrar o jurista alemão, na célebre polêmica, que o ordenamento jurídico romano não era um sistema de direito, mas de “pretensões juridicamente acionáveis”, ou seja, um sistema sustentado na categoria conhecida como actio, que nada tem a ver com a “ação” processual e menos ainda com o direito subjetivo [...]” (g.n.). Assim, e.g., em uma ação de despejo, o que estaria em movimento seria uma “ação processual” para fazer valer uma “ação de direito material” (o ato de despejar, o “agir” despejando) de que o autor se diz titular, que emanaria de seu direito subjetivo de propriedade (*idem*, pp.188-189). Nessa visão, o próprio direito subjetivo jamais terá sido o objeto direto da tutela pedida.

¹⁹⁰² V. Fritz Baur, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Berlin, Walter de Gruyter, 1966, *passim*. BAUR foi Ministro dos Tribunais Superiores de Hechingen e Tübingen e Professor Catedrático Emérito das Universidades de Giesse, Mainz e Tübingen.

suficientemente esclarecidas, com vista à celebração de um acordo entre as partes ou à prolação de uma sentença definitiva. Essas ideias constituíram a base da reforma processual civil alemã de 1976 e em boa medida são ainda hoje praticadas, sendo certo que “*it is generally recognized that without this renewed consciousness regarding quality, the quantitative problems of the civil judges could not be solved today*”¹⁹⁰³.

Dentre as principais características do “modelo de Stuttgart”, releva mencionar as seguintes:

- o procedimento deve implicar um envolvimento ativo de partes, advogados e juízes, aplicados presencialmente em um diálogo oral e direto sobre os fatos e o direito em litígio (com isso, acelera-se o procedimento e otimiza-se o entendimento das partes, que tendem a acatar a sentença, sem recorrer, quando convencidas da justiça da decisão);
- após ouvidas as partes e as testemunhas, os juízes retiravam-se do recinto para deliberar e retornavam com um “projeto de sentença”, discutido em seguida com as partes, que tinham uma derradeira chance de composição amigável (tal “procedimento aberto” resultara, na segunda metade dos anos setenta do século XX, em uma marca recorde de apenas um terço de apelações para o total de sentenças, sendo certo que aproximadamente 75% dos casos julgados sob o “modelo de Stuttgart” terminavam em não mais que seis meses, contra apenas 40% para a mesma média temporal nos tribunais regulares);
- algumas das características básicas desse modelo, até então opcionais, tornaram-se cogentes para todos os tribunais federais alemães a partir da “*Vereinfachungsnovelle*” de 1976 (a “lei para a aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais”¹⁹⁰⁴),

¹⁹⁰³ Hans-Ernst Böttcher, “*The Role of the Judiciary in Germany*”, in *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, Lexington, German Law Journal, out. 2004, v. 05, n. 10, pp.1317-1330 (especialmente p.1326). Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=508>, acesso em 06.01.2012.

¹⁹⁰⁴ “*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*”. As alterações citadas referem-se ao § 272 da ZPO.

que previu, entre outras coisas, a concentração dos atos processuais em uma audiência única, com comparência obrigatória das partes, sempre iniciada por um resumo “*ex iudice*” das questões de fato e de direito, seguindo-se eventuais ajustes e a colheita das provas orais; de outra parte, no afã de conter arroubos autoritários em meio a tantos poderes, proibiu-se o juiz de “*fundamentar sua sentença em aspecto jurídico para o qual não se tenha explicitamente dirigido a atenção das partes*”¹⁹⁰⁵.

A última característica bem se explica pelo fato de que a decisão-surpresa fora considerada por seus idealizadores como um verdadeiro “câncer” da administração da justiça, subvertendo o princípio da confiança que deve presidir as relações entre o juiz e as partes¹⁹⁰⁶. Nessa linha (e sob tais contenções), os poderes judiciais de assistência já não podiam ser vistos como uma mera expressão de autoridade ou autoritarismo, mas como uma extensão dos deveres recíprocos de colaboração¹⁹⁰⁷ (e, logo, do princípio da cooperação processual — *infra*).

¹⁹⁰⁵ Cf., por todos, Cappelletti, Garth, *Acesso à Justiça*, pp.78-79 e nota n. 156. Na doutrina brasileira, FREIRE PIMENTA chega a observar que “[e]ste “anúncio antecipado da sentença” que será proferida logo em seguida, caso as partes não se conciliem, é muito interessante: **o que em nosso sistema processual em vigor sem dúvida seria inaceitável, por configurar claro prejulgamento da causa pelo órgão jurisdicional, é na Alemanha, ao contrário, o modelo procedimental expressamente previsto na lei processual, com evidentes vantagens.** Afinal, o “projeto de sentença” só é apresentado às partes após o encerramento da instrução processual realizada em pleno contraditório e da deliberação do órgão julgador (que, naquele país, também é colegiado no primeiro grau de jurisdição, como regra geral) – afinal de contas, não se vê qual seria o direito processual das partes lesado por tal prática. Em contrapartida, aos litigantes ainda será oferecida uma última oportunidade de optarem pelo caminho da conciliação, antes que seja proferida a decisão final daquele processo, pelo julgador. De lege ferenda, talvez uma solução semelhante pudesse ser adotada em nosso país, ao menos para os dissídios trabalhistas” (José Roberto Freire Pimenta, “A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho”, in *Revista LTr*, São Paulo, LTr, fev. 2001, v. 65, n. 02, pp.153 e ss.). Assim não nos parece: se — como assevera o próprio autor — todas as provas já foram colhidas e as partes já não desejam instruir, a apresentação de um “modelo de decisão” em nada vicia o julgamento final, já que nenhum outro elemento de convicção será introduzido. O vício de prejulgamento só seria sindicável se obstasse às partes o direito de serem ouvidas e participarem da formação da convicção do juiz, o que já não seria o caso. Daí porque não parece despropositado que a técnica seja incorporada nos juízos trabalhistas, com o devido critério, infletindo o rito celetário, a bem da pacificação social e da duração razoável do processo. É, aliás, um excelente exemplo de como o procedimento pode ser infletido *sem malferir* o “conteúdo essencial” da garantia do devido processo formal, pelas razões indicadas no excerto.

¹⁹⁰⁶ Cf. Rolf Bender, Christoph Strecker, “*Access to Justice...*”, pp.554 e ss.

¹⁹⁰⁷ Maria Juliana Civinini, “*Poteri del giudice e potrei delle parti nel processo ordinario di cognizione: rievocazione delle questioni e contraddittorio*”, in *Il Foro Italiano*, Bologna, Zanichelli, 1999, parte V, v. 122, pp.01-10 (especialmente p.06).

É certo, enfim, que o “modelo de Stuttgart” incorporou vários daqueles pontos firmados pelas teses de MENDER e KLEIN, amadurecendo-os, complementando-os e operacionalizando-os (em uma perspectiva mais pragmática e menos ideológica, diga-se). Basta ver, p.ex., que a ideia da *audiência preliminar*, fundada no princípio da celeridade processual (“*Beschleunigungsprinzip*”), foi legada por KLEIN e pelo ÖZPO de 1895; a partir desse paradigma, o legislador alemão tentou em várias ocasiões introduzir medidas que reduzissem o “tempo morto” do processo, diminuindo o lapso entre a propositura da ação e a prolação da sentença definitiva, chegando-se finalmente à atual solução de concentração dos atos processuais, esmero instrutório e compromisso com a celeridade processual (“*Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens*” — § 282, 1, da ZPO), à vista da citada reforma de 03.12.1976, em vigor a partir de 01.07.1977. Ulteriormente, em 2001, os mesmos propósitos animaram a institucionalização da “*Güteverhandlung*” (§ 278, 2, da ZPO), tornando-a obrigatória em todos os casos cíveis no primeiro grau de jurisdição, com interessantes características : (i) a “*Güteverhandlung*” é uma audiência extrajudicial (§ 278, 5, da ZPO), sem funções preparatórias em relação à audiência de instrução (“*Gerichtsverhandlung*”) — logo, nada do que nela se diz pode ser aproveitado como elemento de prova —, mas é conduzida por um *juiz togado*; (ii) havendo acordo, a natureza da transação é judicial (“*Gerichtlicher Vergleich*”), formando-se um título executivo judicial (“*Vollstreckungstitel*”) dotado de imediata exigibilidade (“*Einklagbarkeit*”); (iii) frustrada a tentativa de conciliação na “*Güteverhandlung*”, segue-se a “*Gerichtsverhandlung*” (§ 279, 1, da ZPO), convertendo-se o procedimento extrajudicial em judicial, sob a direção de um outro juiz; e (iv) mesmo após a instrução do processo pelo segundo magistrado, as partes podem aderir à *proposta escrita de acordo* formulada pelo primeiro juiz após a audiência extrajudicial — atuando, portanto com funções mediadoras semelhantes àsquelas do juiz do Trabalho brasileiro (artigo 764, §1º, da CLT) —, homologando-se o acordo por decisão judicial ou “*Beschluss*” (§278, 6, da ZPO¹⁹⁰⁸)¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁸ In verbis: “Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend”.

¹⁹⁰⁹ Cf., por todos, Gerhard Wegen, Christine Gack, “Mediation in pending civil proceedings in Germany: practical experiences to strengthen mediatory elements in pending court proceedings”, in IBA Mediation

Assim, ainda que aquele “escopo social” originalmente divisado nos escritos de KLEIN tenha se perdido parcialmente como ideia-força (v. nota n. 1900, sobre os escopos sociais do processo), a perspectiva de um processo civil mais célere, concentrado e efetivo, dirigido por juízes com poderes mais amplos na condução, na intervenção e inclusive na correção do processo/procedimento (para os quais se enfatizaram, ademais, funções *atípicas* no modelo liberal-moderno, como as de mediação, em nível de enunciação de propostas conciliatórias), deita raízes naquele modelo de processo pensado para nivelar posições processuais de partes materialmente desiguais. A diferença é que, na versão que chega ao século XXI, as necessidades de direção, intervenção e/ou correção já não se baseiam apenas em premissas abstratas de hipossuficiência técnica ou econômica de grupos (= perfil classista), mas decorrem sobretudo de considerações concretas sobre as condições de litigância das partes processuais, tomadas caso a caso, segundo o prudente arbítrio do julgador¹⁹¹⁰.

No Brasil, essa linha lógica de desdobramento do “*iter*” de renovação do processo civil alemão, com ênfase na sua atualização constitucional (pela via da atitude judicial cooperativa, da concentração, da celeridade e do contraditório dinâmico), foi bem percebida por HUMBERTO THEODORO JR., advogando solução similar para o caso brasileiro, com a revitalização da audiência do artigo 331 do CPC por meio de uma intervenção mais proativa do juiz cível. *In verbis*:

“O processo, durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e, **após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário, implementou um ativismo judicial, privilegiando a figura do juiz.** Passou, assim, o Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes. Com isso, **garantiu um efetivo diálogo, e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre**

Committee Newsletter, London, International Bar Association Legal Practice Division, dez. 2006, pp.08-10. V. também, dos mesmos autores, “*Obligatory Mediation as Precondition for Court Proceedings in Germany*”, in *IBA Mediation Committee Newsletter*, London, International Bar Association Legal Practice Division, set. 2005, *passim*.

¹⁹¹⁰ Evidência disso, no Brasil, é o artigo 6º, VIII, do CDC (de 1990): conquanto admita a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente econômico, já não o identifica apenas pela sua “classe” de consumidor (como fizeram as legislações processuais de fundo classista, como a CLT em 1943), mas antes exige um prudente olhar do juiz para o caso concreto. Assim, será “direito” (processual) do consumidor a inversão do ônus da prova, “*si et quando*”, “**a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência**” (g.n.). V. nota n. 45.

os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos). **Na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento), permitiu também a comparticipação na estrutura procedimental** [= cooperação]. [...] A utilização da fase preparatória (art. 331 do Código de Processo Civil [...] do Brasil), levada a sério e com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos, pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária. Devido a isso, um advogado técnico será levado à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável. [...] Essa **tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais** (pontos controvertidos) de fato e de direito, **iniciada por Franz Klein** em sua festejada ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895, e atualmente **revigorada pelas reformas alemãs da ZPO mediante a Vereinfachungsnovelle de 1976**, pela reforma *Woolf* do novo processo civil inglês, pela *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola e outras europeias conduzem à conclusão que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do *modelo cognitivo brasileiro* para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico”¹⁹¹¹.

Ora, vimos que a reforma processual civil alemã de 1976 foi diretamente inspirada pelas experiências do “modelo de Stuttgart”, a reboque das ideias de BAUR (anos sessenta) e das práticas do juiz ROLF BENDER e de seus pares (anos setenta). De MENDER e KLEIN a BAUR e BENDER, portanto, densificaram-se *poderes assistenciais* que, se exercidos pelo juiz, humanizariam o processo civil, tornando-o mais próximo dos cidadãos, mais consentâneo com um ideal de justiça distributiva (e não meramente comutativa) e, de resto, mais efetivo em seus escopos primários. Ao juiz competiria a direção do processo não apenas no aspecto formal, mas também no aspecto *material* (= “*materielle Prozessleitung*”), assim se compreendendo a síntese dos diversos poderes de iniciativa oficial do magistrado, com os quais o Estado-juiz pode esclarecer temas controvertidos, produzir ou completar provas deduzidas pelas partes e participar ativamente da composição

¹⁹¹¹ Humberto Theodoro Jr., “*Processo Justo e Contraditório Dinâmico*”, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, jan./jun. 2010, v. 2, n. 1, pp.64-71 (especialmente p.69 [g.n.]).

amigável ou da formação do cabedal decisório¹⁹¹². Hoje, pensando-os em conjunto (os poderes assistenciais), chega-se forçosamente a um tronco deontológico originário: o *princípio da cooperação processual*. Vamos a ele.

III. Pelo *princípio da cooperação* deve-se entender, com LEBRE DE FREITAS, o dever de colaboração para a descoberta da verdade (atuando especialmente sobre partes e terceiros) — correspondendo à chamada “cooperação material”, com limites objetivos nos direitos fundamentais das pessoas afetadas (integridade pessoal, reserva da vida privada, inviolabilidade de domicílio e correspondência etc.) e no direito ou dever de sigilo (sigilo profissional, sigilo funcional, segredo de Estado) — e, de outro lado — correspondendo à chamada “cooperação processual” —, o poder-dever de providenciar pelo suprimento de obstáculos que impeçam ou comprometam a decisão de mérito e o acesso à ordem jurídica justa (vinculando especialmente o juiz)¹⁹¹³. Aqueles limites materiais não se medem abstratamente, como apuramos (tópico 12.2): serão identificados concretamente, por meio de juízos de ponderação (proporcionalidade), assegurada sempre a indenidade mínima do conteúdo essencial (na perspectiva absoluto-subjetiva) — e aqui se entroncam, ainda uma vez, “*procedural due process*” e “*substantive due process*”. É do princípio da cooperação processual que arrancam, afinal, os referidos *poderes-deveres assistenciais* do juízo.

De fato, os tribunais têm reconhecido pontualmente tais poderes-deveres assistenciais, conquanto nem sempre os identifiquem com o “modelo de Stuttgart”, notadamente quando o legislador já tratou de positivá-los. Diríamos que esse quadro é inclusive mais assertivo em Portugal, à vista das últimas reformas processuais — e das mencionadas concessões a um processo civil de cariz mais “social” (*supra*, nota n. 1846) —, do que no Brasil. Basta ver, p.ex., os artigos 265º-A, 266º-A, 266º-B, 508º, 508º-A, 664º e tantos outros do CPC português. Na jurisprudência portuguesa, preconizando o poder-dever judicial de prevenir as partes sobre deficiências e insuficiências de suas alegações (o que é, de resto, uma clara concretização do dever geral de cooperação processual), pronunciou-se emblematicamente a Relação do Porto (sobre o artigo 508º, 3, do CPC lusitano):

¹⁹¹² Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri, Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civil*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1998, p.205.

¹⁹¹³ Lebre de Freitas, *Introdução...*, pp.150-153 (com algumas adaptações de nossa lavra).

“O poder conferido ao juiz no art. 508º, 3, do CPC é um **poder-dever** de prevenir as partes sobre deficiências ou insuficiências de suas alegações ou do pedido, designadamente quando as partes, em vez de alegar factos concretos, se limitam a usar de expressões com mero significado técnico-jurídico. [...] Assentando esse dever numa ‘previsão fechada’ — que não deixa ao Tribunal qualquer margem de apreciação quanto à sua verificação — a omissão desse poder-dever constitui nulidade se influir no exame e decisão da causa” (Ac. RP Proc. n. 744/98, 3ª Secção, rel. Des. CUSTÓDIO MONTES, j. 27.06.1998)¹⁹¹⁴.

Mais circunscritamente, em sede de ação pauliana, o Supremo Tribunal de Justiça assentou a *Jurisprudência Fixada Cível* n. 03/2001, pela qual

“[t]endo o autor, em acção de impugnação pauliana, pedido a declaração de nulidade ou a anulação do acto jurídico impugnado, tratando-se de erro na qualificação jurídica do efeito pretendido, que é a ineficácia do acto em relação ao autor (n.º 1 do artigo 616.º do Código Civil), **o juiz deve corrigir oficiosamente tal erro e declarar tal ineficácia**, como permitido pelo artigo 664.º do Código de Processo Civil” (STJ, Revista Ampliada n. 994/98, 2ª Secção, rel. Cons. JOSÉ ALBERTO DE AZEVEDO MOURA CRUZ, 23.01.2001, in DR 34 Série I-A, 09.02.2001 [g.n.]).

Já no contexto doutrinário, TEIXEIRA DE SOUSA chegou a sustentar, a nosso ver com acerto, que “*o tribunal pode chegar até à sugestão da modificação do objecto ou das partes da acção ou da formulação de um novo pedido*”¹⁹¹⁵, não sem aparentes contrariedades na própria literatura jurídica portuguesa¹⁹¹⁶.

No âmbito do processo laboral, reza o artigo 27º do CPT:

¹⁹¹⁴ In http://www.trp.pt/jurispr/trp_boletim02.pdf (acesso em 04.08.2005 [g.n.])

¹⁹¹⁵ Miguel Texeira de Souza, “*Apreciação de alguns aspectos da “Revisão do Processo Civil – Projecto”*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, jul. 1995, ano 55º, II, p.362 (g.n.).

¹⁹¹⁶ Com efeito, em interpretação bem mais restritiva (sobretudo em face das limitações do artigo 508º, 5, do CPC lusitano), LOPES DO REGO ponderou que “[n]ão é [...] admissível, por esta via, o suprimento de uma petição inepta, nos termos do art. 193º, nem a convalidação para uma ‘causa petendi’ diferente da evocada pelo autor como suporte da petição ou reconvenção” (Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, pp.340-341). Também parece entender assim PEREIRA BATISTA, ao anotar que a reforma processual portuguesa de 1995/1996 não consagrou o princípio da cooperação *com a plenitude do modelo alemão*, mas em versão mitigada (Pereira Batista, *op.cit.*, p.72, nota n. 121).

“O juiz deve, até à audiência de discussão e julgamento:

“a) Mandar intervir na acção qualquer pessoa e determinar a realização dos actos necessários ao suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção;

“b) Convidar as partes a completar e a corrigir os articulados, quando no decurso do processo reconheça que deixaram de ser articulados factos que podem interessar à decisão da causa, sem prejuízo de tais factos ficarem sujeitos às regras gerais sobre contrariedade e prova”.

Tal dispositivo é bem mais abrangente do que, p.ex., o tacanho artigo 284 do CPC brasileiro (que se aplica subsidiariamente ao processo laboral brasileiro, “*ex vi*” do artigo 769 da CLT); ou, em Portugal, que o artigo 661º, 1, do CPC, como aliás declarou o STJ na *Jurisprudência Fixada Cível* n. 13/1996¹⁹¹⁷. Confere aos tribunais do trabalho amplos poderes para sugerir, admitir e até impor modificações objetivas e subjetivas na causa em trâmite. Não autoriza, porém, a *alteração essencial* do pedido ou da causa de pedir (a ponto de conformar, p. ex., uma relação jurídica diversa, em tese, daquela originalmente retratada na petição inicial¹⁹¹⁸). Admite, outrossim, a intervenção “*iussu iudicis*”¹⁹¹⁹ e inclusive prevê figura ideologicamente próxima da “*mutatio libelli*” processual penal, pela qual se dá ao juiz o poder de instar as partes (aqui, “convidar”) a se manifestar sobre fatos relevantes não alegados e descobertos durante a instrução processual, inclusive com possibilidade de complementação e/ou correção de articulados¹⁹²⁰. De fato, aliás, a proximidade entre o

¹⁹¹⁷ “O tribunal não pode, nos termos do artigo 661.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, quando condenar em dívida de valor, **proceder oficiosamente à sua actualização em montante superior ao valor do pedido do autor**” (STJ, Proc. n. 87.641, rel. Cons. LOPES PINTO, 15.10.1996, in DR 274/96, Série I-A, 26.11.1996 [g.n.]).

¹⁹¹⁸ Nesse sentido, cf. Ac. RC Rec. n. 1133, rel. SOARES CARAMUJO, j. 29.10.1985, in BMJ 350/397. O julgado refere-se ao artigo 29º do CPT de 1982 (que possuía basicamente a mesma redação do atual artigo 27º).

¹⁹¹⁹ A intervenção “*iussu iudicis*” corresponde à possibilidade de “*ingresso de terceiro em processo pendente por ordem do juiz*”, com o objetivo de “*minimizar os problemas do litisconsórcio facultativo unitário, cumprindo ao Magistrado determinar a intimação (e não citação) do possível litisconsorte, para, querendo, integrar a relação processual*” (Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, 7ª ed., Salvador, JusPodivm, 2007, v. 1, p.294). No Brasil, fora admitida no CPC de 1939, mas desapareceu no CPC de 1973 (em vigor), à vista do teor do artigo 47, par. único.

¹⁹²⁰ No Brasil, veja-se o teor do artigo 384, caput, do CPP (com a redação da Lei n. 11.719/2008): “*Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando*

processo laboral e o processo penal — determinada pela natureza estritamente jusfundamental das pretensões amiúde deduzidas em ambos (ali, direitos sociais fundamentais; aqui, o próprio “*status libertatis*”) — tem levado os tribunais do trabalho brasileiros a inclusive estender, à casuística processual trabalhista, o **princípio da verdade real**, antes uma idiossincrasia do processo penal (v., e.g., TST, AI-RR n. 122540-27.2005.5.18.0009, 3ª T., rel. Min. HORÁCIO SENNA PIRES, j. 20.04.2010, in DEJT 07.05.2010¹⁹²¹)¹⁹²². Essa constatação corrobora, ademais, o nosso entendimento de que a materialidade jurídica subjacente às relações processuais “*in abstracto*” ou “*in concreto*” determinam, conformações e inflexões de processo/procedimento nos planos legislativo e judiciário, respectivamente (v., *supra*, tópico 7.3.3, n. IV; e, na doutrina, o escólio de BEDAQUE¹⁹²³).

Ainda no CPT, testificando o alinhamento do diploma com a ideia de *direção processual proativa* e o seu comprometimento com a justa composição da lide (inclusive

feito oralmente”. Prevê-se, ademais, que, “[n]ão procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código”, o que significa que o órgão do Parquet no primeiro grau está em princípio adstrito à readequação factual de seus articulados, como quer o juiz; recusando-se a fazê-lo, a palavra final caberá ao chefe do Ministério Público legitimado para a causa (nos Estados, o Procurador-Geral de Justiça). Outrossim, a alteração substancial da descrição da “*facti specie*” na “*mutatio libelli*”, porque traduz prejuízo para o réu, impõe o exercício do contraditório: “Ouvindo o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento” (§2º). Mesma máxima deve ser adotada no processo civil ou laboral, a bem do “*procedural due process*” (dimensão do contraditório e da ampla defesa), desde que a rearticulação extemporânea dos fatos, admitida pelo juiz (onde se possa admiti-la), consubstancie prejuízo ou engendre surpresa relevante para a contraparte.

¹⁹²¹ *In verbis*: “Ressalte-se que o Tribunal a quo, consoante exsurge dos excertos transcritos acima, apreciou fundamentadamente as provas coligidas aos autos, sendo oportuno salientar que vigoram em nosso ordenamento jurídico os **princípios da busca da verdade real** e do livre convencimento motivado (arts. 130, 131 e 1.107 do CPC c/c os arts. 765 e 852-D da CLT), possuindo o magistrado ampla liberdade na condução do processo, cabendo-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do feito, e, a partir da apreciação do conjunto probatório constante dos autos, firmar sua convicção em decisão fundamentada” (g.n.).

¹⁹²² No direito comparado, veja-se, por todas, a *Ley Procesal del Trabajo* do Peru (já por ocasião da *Ley* n. 26.636, de 14.06.1996; e, depois, com a reforma da *Ley* n. 29.497, de 15.01.2010). O estatuto processual laboral peruano consagra, em seu artigo 1º, os princípios da imediatidade, da concentração, da celeridade, da economia processual e da “veracidade” (equivalente ao nosso *princípio da verdade real*, como consectário processual lógico do princípio material da primazia da realidade).

¹⁹²³ Como assevera o titular da USP, (a) “[o] tipo de tutela [processual] é determinado pela natureza do direito (individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso)”; (b) “[r]egras específicas de determinados procedimentos levam em conta elementos da relação substancial” (e não poderia ser diferente); (c) “[a]s grandes alterações verificadas no campo do direito material devem ser levadas em conta na elaboração de um sistema processual adequado à realidade”; e, mais importante, (d) “[d]eve o procedimento adaptar-se às necessidades da relação substancial”. Cf. Bedaque, *Direito e Processo...*, pp.163-164.

em detrimento da forma e das tradições do “*procedural due process*”), o artigo 74º autoriza, como já apontado, os julgamentos “*ultra vel extra petitum*”. Aliás, mais que autorizar, *determina-o* “*sub conditione*”, já que “[o] juiz **deve** condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho” (g.n.). Uma tal solução, que teria imensa utilidade no contexto judiciário brasileiro (notadamente nas lides trabalhistas, em cujas postulações a paixão amiúde ofusca a técnica), encontra óbice explícito nos artigos 128 e 460, *caput*, do CPC (c.c. artigo 769 da CLT).

Outro exemplo desse movimento, voltando ao processo civil, é a positivação do chamado **princípio da adequação formal** de atos e procedimentos processuais, que em Portugal foi introduzido pelo DL n. 180/1996, nos seguintes termos:

“**Art. 265º-A.** Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Mais recentemente, com o advento do DL n. 108/2006 e a introdução do **regime processual civil experimental** no âmbito de quatro jurisdições (juízos de competência especializada cível dos tribunais das comarcas de Almada e do Seixal e juízos cíveis e de pequena instância cível do Tribunal de Comarca do Porto)¹⁹²⁴, arrancou-se daquela mesma ideia de *deformalização cooperativa do processo* para avançar ainda mais (= hipóteses de ineficácia e de ineficiência da forma), rumo a um predito “processo civil líquido” (CORREIA DE MENDONÇA¹⁹²⁵). Como se lê na exposição de motivos daquele diploma,

¹⁹²⁴ O rito experimental vale, na verdade, para apenas três categorias de ações: ações declarativas cíveis a que não correspondam procedimentos especiais, ações especiais de cobrança em matéria contratual (i.e., ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos) e ações cautelares propostas a partir de 16.10.2006.

¹⁹²⁵ Cf. Luís Correia de Mendonça, “*Processo civil líquido e garantias: O Regime Processual Experimental Português*”, in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, UNL, 2007, n. 14, pp.77-108.

“[e]ste regime confere ao juiz um papel determinante, aprofundando a concepção sobre a actuação do magistrado judicial no processo civil declarativo enquanto responsável pela direcção do processo e, como tal, pela sua agilização. **Mitiga-se o formalismo processual civil, dirigindo o juiz para uma visão crítica das regras.** [...] Do dever de gestão processual agora estabelecido decorrem, para o juiz, os imperativos de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos ao fim que visam atingir e de garantir que não são praticados actos inúteis, tendo ainda de fazer uso dos mecanismos de agilização processual que a lei estabelece. [...] Manifestação deste dever é a faculdade concedida ao juiz de, uma vez concluso o processo para saneamento, conhecer das excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes ou que deva apreciar oficiosamente, julgar de imediato a causa se o estado do processo o permitir, convocar a audiência preliminar para selecção da matéria de facto ou exercício do contraditório ou designar o dia para a audiência de julgamento. O conjunto de actos previstos neste artigo não é, sequer, taxativo, **podendo o magistrado praticar no processo qualquer acto ou diligência que lhe pareça mais adequado.** Deve, pois, **dirigir activa e dinamicamente o processo, tendo em vista a sua rápida e justa resolução e a melhor forma de organizar o seu trabalho**” (g.n.).

Eis como se introduziu, por intermédio do DL n. 108/2006, o chamado “*dever de gestão processual*” (v. artigo 2º¹⁹²⁶), combinando os preexistentes princípios da adequação processual (artigo 2º, “a”, do DL n. 108/2006 c.c. artigo 265º-A do CPC) e da limitação dos atos (artigo 2º, “b”, do DL n. 108/2006 c.c. artigo 137º do CPC). E, ínsito àquele primeiro, o *dever de adoção da forma mais adequada*, à vista do qual “*o juiz afasta a forma legal supletiva [...] no domínio da adequação da tramitação legal à especificidade da lide*” (logo, não se trata de uma “carta branca” procedimental — como de resto não poderia ser, sob pena de violação ao conteúdo essencial do “*procedural due process*”). Assim,

“não é diferente o processo que conduz à aplicação da norma que consagra o dever de adequação formal (artigo 265º-A do CPC) do processo de aplicação da norma que prevê o dever de adopção da tramitação adequada (artigo

¹⁹²⁶ In verbis: “**Artigo 2º. Dever de gestão processual.** O juiz dirige o processo, devendo nomeadamente: **a)** Adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir; **b)** Garantir que não são praticados actos inúteis, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório; **c)** Adoptar os mecanismos de agilização processual previstos na lei”.

2º, alínea *a*), 1ª parte [do DL n. 108/2006]). A intervenção do juiz sobre a forma legal preexistente continua, como não podia deixar de continuar, a estar dependente da verificação do pressuposto legal que a justifica. Como adiante melhor se exporá, apenas é alterado esse pressuposto (o que já é muito): antes, a ineficácia da forma legal; agora, esta ineficácia ou a ineficiência da forma. [...] Concluindo: no âmbito de aplicação do DL n.º 108/2006, o processo *não está dependente de um acto criador do juiz*, expresso ou tácito, *para existir* na acção individual concreta. **O “verbo” processual inicial, preexistente, é, e será sempre, a forma legal; nunca o juiz.** A instância não enfrenta o vácuo processual, quando é instaurada a acção”¹⁹²⁷ (*g.n.*).

Entendemos que, a toda evidência, tais preceitos são emanações mais concretas — ainda que ditadas como normas-princípios — do princípio da cooperação processual, já que *mandam* (= “*deve*”) ao juiz que intervenha na lei de rito, “*ex officio*” e sob contraditório, para adaptá-la, no indispensável, às necessidades das pretensões materiais subjacentes e das circunstâncias factuais da lide, com vista à consecução do “fim de processo” (artigo 265º-A do CPC). Dirigindo a comunidade processual, o magistrado deve zelar para que o processo seja *útil*, tanto na perspectiva do Estado-juiz (pacificação + tutela de direitos materiais) como na perspectiva das partes. E não é outra, afinal, a essência do dever de cooperação (§ 139, 1, da *ZPO*), de onde a maior parte das legislações ocidentais tem extraído a correspondente ideia-matriz (inclusive Portugal¹⁹²⁸).

Ao cabo e fim, porém, talvez tenha sido a *cautela* a principal reação da comunidade jurídica à introdução do princípio da adequação formal. Os tribunais reconheceram-no, é certo, como inflexão legítima do anterior “princípio da legalidade da ritologia processual”; entretantes, a despeito da letra expressa da nova lei, as tradições judiciais ainda se apegavam à secular ideia de que o rito legal só muito excepcionalmente poderia ser

¹⁹²⁷ Paulo Ramos de Faria, *Regime Processual Civil Experimental: A gestão processual no processo declarativo comum experimental*, Braga, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2009, pp.16-17. No sentido oposto, praticamente validando a tese da “carta branca” (e por isso citado e rechaçado por RAMOS DE FARIA), há o escólio de BRITES LAMEIRAS, para quem é o *juiz* quem decide aderir ao rito legalmente constituído, mas a legitimidade da tramitação não decorrerá, de toda forma, da lei, e sim da decisão judicial (Luís Brites Lameiras, *Comentário ao Regime Processual Experimental*, Coimbra, Almedina, 2007, pp.31-32).

¹⁹²⁸ Cf. Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.152 — conquanto o próprio autor observe que o *sentido material* aqui perfilhado, de que dimanam poderes-deveres para o juiz e deveres para as partes, hoje não corresponde exatamente ao “*sentido que é dado no direito alemão ao §139-1 da Zivilprozessordnung*” (p.151).

tocado¹⁹²⁹ ... De outra parte, quanto ao dever de gestão processual, magistrados relataram perplexidades (a ponto de solicitar maior segurança da lei, quiçá por “*um elenco exemplificativo do que esse dever comporta*”), enquanto, no outro extremo, “*a opinião manifestada pelos advogados é negativa, na medida em que estes consideram que torna o processo ‘arbitrário’*”¹⁹³⁰. Tudo a revelar como de fato é psicologicamente tormentoso desapegar-se do modelo processual moderno-liberal-formal e da ritualística “*more geometrico*” (*supra*, tópico 21.2).

Segue daí que, tal como dizíamos de início, a admissão dos poderes assistenciais e seus consectários nos tribunais portugueses dá-se apenas circunstancial e episodicamente. A Magistratura é naturalmente conservadora, até como vezo de profissão, em face da identificação quase atávica entre “direito” e “ordem” (e, logo, “ordem instituída” ou “posta”). No geral, o corpo de magistrados segue fiel ao figurino liberal, resistindo inclusive às próprias inovações da lei. Basta ver, por exemplo, o reduzido material disponível, na jurisprudência das relações e do STJ, a respeito do princípio da adequação formal, antes ou depois da instituição do regime processual civil experimental¹⁹³¹. Noutro contexto, tal passividade relativa chegou mesmo a ser alvo de críticas no seio do próprio Judiciário, como se deu no emblemático discurso do finado Conselheiro ARAGÃO SEIA, então presidente do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 11.11.2004, na tribuna do STJ (por ocasião do ato de tomada de posse do então vice-presidente daquela corte, Conselheiro DUARTE SOARES). *In verbis*:

¹⁹²⁹ Cf. João de Castro Mendes, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1986, v. I, p.198. V. ainda, nesse sentido, STJ, Proc. n. 07A2774, rel. Cons. SEBASTIÃO PÓVOAS, j. 18.12.2007.

¹⁹³⁰ Direcção-Geral da Política da Justiça, *Regime Processual Civil Experimental: V Relatório de Monitoração*, Lisboa, Ministério da Justiça, out. 2009, p.17.

¹⁹³¹ Em rápida pesquisa pelas bases jurídico-documentais do ITIJ (<http://www.dgsi.pt>) para o STJ e a Relação de Lisboa, em pesquisa livre com os termos “princípio”, “adequação” e “processual” (ou “princípio”, “adequação”, “processual” e “oficiosamente”), localizamos não mais que cinco acórdãos a respeito do tema, ou que ao menos o versassem lateralmente. Desses, em praticamente todos se afastava a aplicabilidade do princípio, por supostamente incabível para a hipótese concreta (*e.g.*, Ac. RL Proc. n. 7365/2006-1, rel. Des. FOLQUE MAGALHÃES, j. 12.12.2006). Num deles (STJ, Proc. n. 07A2774, rel. Cons. SEBASTIÃO PÓVOAS, j. 18.12.2007), conquanto se afastasse a aplicação do princípio, entendeu-se que ainda assim o “formalismo adjetivo” excessivo deveria ceder, para se admitir a intervenção de terceiro em termos adequados, a despeito de certa gralha ritual — só que a reboque do *princípio da igualdade das partes* (artigo 3º-A do CPC).

“a **opacidade dos procedimentos**, tantas vezes **construída sobre a passividade dos magistrados** (que — atente-se — não resulta do desinteresse destes), tende a esconder os objectivos das medidas e a distrair a sua ineficácia. E por isso, com ela não ganha o país nem ganham os cidadãos”¹⁹³².

IV. No Brasil, bem mais timidamente, a legislação contempla alguns poucos deveres processuais inspirados no princípio geral da cooperação processual. Assim, entre os *deveres específicos de cooperação*, encontram-se aqueles derivados do artigo 284, *caput*, do CPC (similar ao 508º, 2, do CPC luso, se bem que restrito à petição inicial) e o artigo 327, 2ª parte, do CPC. Não há, todavia, um preceito escrito, de formulação genérica e direta, positivando o princípio. O mesmo se diga, na seara laboral, dos capítulos processuais da CLT. O projeto do novo Código de Processo Civil (PL n. 6.025/2010¹⁹³³), ao contrário, conquanto também se ressinta de um dispositivo que enuncie o princípio com maior abstração, avança sensivelmente na positivação de poderes e deveres dele derivados. Basta ver os artigos 10 e 110, par. único (dever do juiz de dar às partes oportunidade de prévia manifestação antes de deliberar sobre qualquer matéria, ainda que admita decisão “*ex officio*”¹⁹³⁴); o artigo 107, IV (positiva o *princípio da conciliabilidade* como uma garantia processual, tentar, ante o poder-dever judicial de, “*prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais*”); o artigo 107, V, (positiva auspiciosamente o *princípio da adequação formal* — similar ao preceito do artigo 265º-A do CPC português —, ante o poder-dever judicial de “*adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa*”¹⁹³⁵); o artigo 107, IX (preordena que o juiz previamente

¹⁹³² Jorge Alberto Aragão Seiga, “A Justiça Portuguesa enfrenta hoje dias difíceis” (discurso), in http://www.asjp.pt/divulgacao/discurso04_03.html, 05.07.2005 (acesso em 03.12.2005 [g.n.]).

¹⁹³³ Ainda na redação do PLS n. 166/2010 (Senado).

¹⁹³⁴ No que, inclusive, vislumbramos excesso de zelo, pelo apego ao modelo liberal de contraditório prévio e cognição exauriente. Veja-se, *supra*, o tópico 21.1, n. III.

¹⁹³⁵ Com excelente técnica, o preceito ainda ressalva a garantia do contraditório e da ampla defesa, como havia de ser (e sem declará-la necessariamente *prévia*, como faz o artigo 265º-A do CPC luso), além de evidenciar a inderrogável conexão entre a adequação formal — a permitir a inflexão procedimental quanto a fases e atos processuais — e a garantia jusfundamental da efetividade da jurisdição. Nada obstante, transigindo com o discurso conservador agora em marcha, a alardear um suposto vazo autoritário do projeto (que outorgaria “superpoderes” à Magistratura), o relator-geral do projeto na Câmara dos Deputados, Deputado VALTER PEREIRA, apresentou substitutivo *restringindo* a abrangência positiva do preceito, para limitá-lo às seguintes faculdades (artigo 118, V, do substitutivo): “*dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de*

determine o suprimimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades, pavimentando o caminho da sentença de mérito); o artigo 301 (pelo qual, no mesmo diapasão do artigo 107, IX, diz-se que, “[a]ntes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”); o artigo 151, §1º (novamente o princípio da adequação formal: “[q]uando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”¹⁹³⁶); e o artigo 262, §1º (positiva a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, ditando que, “[s]empre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261 [= critério ROSENBERG], deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”), entre outros.

A despeito de preceitos escritos, porém, é certo que intervenções dessa natureza não são tão raras na praxe forense, sobretudo no processo do trabalho brasileiro, em que historicamente o *saneamento do processo* — e, por consequência, todos os esclarecimentos, as informações, as correções e inclusive as adequações procedimentais e faseológicas — dá-se em *audiência* (artigos 843 a 851 da CLT), colimando a maior celeridade processual e a obediência do procedimento concentrado que a CLT disciplina. Isso também se passa, aliás, no atual processo civil português, em que “o momento mais adequado para o pedido e a prestação destes esclarecimentos é o da **audiência preliminar** [artigo 508º-A do CPC], que tem entre os seus fins o de discutir as posições das partes, “com vista à delimitação dos termos do litígio” e com a eventual consequência do convite ao suprimimento de insuficiências ou imprecisões nos articulados (art. 508-A-1-c)”¹⁹³⁷. Assim, é recorrente que, nas audiências, trabalhistas, o juiz do Trabalho brasileiro alerte as partes (autor e réu) sobre as deficiências das peças e autorize a respectiva correção ou complementação (verbalmente, na própria audiência, ou por escrito — dentro de prazos judiciais —, redesignando-a). Tais “esclarecimentos” não se resumem, ademais, às questões de

produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico” (g.n.). Sobre o tema, veja-se, por todos, Ana Paula Mota da Costa e Silva, “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus”, in *Revista Trabalhista: direito e processo*, Brasília, ANAMATRA/LTr, abr./jun. 2011, v. 10, n. 38, pp.39-50.

¹⁹³⁶ Que lamentavelmente *desaparece* no substitutivo da Câmara dos Deputados (Dep. VALTER PEREIRA).

¹⁹³⁷ Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.151 (g.n.).

coerência interna das peças apresentadas, alcançando inclusive aspectos concernentes à legitimidade processual “*ad causam*” (ativa e passiva), à composição do litígio em juízo, à distribuição do ônus da prova e até mesmo à matéria jurídico-substancial. São comuns, ademais, os casos em que o juiz do Trabalho passa à efetiva *mediação* da lide (para além da mera *conciliação*), acedendo à literalidade do artigo 764, *caput* e §1º, da CLT (que não se limita a prever estéreis tentativas de conciliação, mas antes estatui que o magistrado deve empregar “*seus bons ofícios e persuasão*” na busca de uma solução conciliada) para inclusive *sugerir* às partes valores razoáveis para acordo e, bem assim, modos possíveis de transação judicial (parcelamentos, dações em pagamento, flexibilidade de prazos etc.) — inclusive à vista das provas já colhidas nos autos e das alegações produzidas, quando o caso.

Se isso se deve, por um lado, à cultura conciliatória própria dos quadros históricos da Magistratura do Trabalho (v., *supra*, o tópico 22.2, n. I) e à tentativa de reduzir a margem de processos que pendem de sentença, é inegável, por outro, que o diálogo franco com as partes — excluído o viés da coação psicológica (que obviamente não compõe o universo semântico do vocábulo “persuasão” no texto da lei e, ao revés, fere o “*procedural due process*” — sempre se presta à prevenção das malsinadas “decisões-surpresa”.

Já no que diz respeito ao processo civil brasileiro, o juiz cível tem a oportunidade de corrigir, aperfeiçoar e mediar a relação processual na **audiência preliminar** do artigo 331 do CPC brasileiro (introduzida em 1994, com a redação da Lei 8.952/94 — exigindo a comparência pessoal das partes —, e depois alterada em seu *caput* pela Lei 10.444/2002, para admitir a representação das partes por prepostos ou procuradores), similar àquela do artigo 508-A do CPC luso (DL n. 375-A/1999). Antes dessa figura, saneava-se o processo por despacho, sem recurso efetivo à *oralidade* chiovendiana (que traduz, na verdade, os melhores ensejos para “sugerir”, “esclarecer”, “informar” e “corrigir” colaborativamente). Ao mais, pelo próprio perfil do juiz cível (conservador em relação ao juiz laboral), as manifestações concretas do princípio da cooperação ao ensejo da audiência preliminar do artigo 331 — ou de qualquer outro momento processual — são menos frequentes.

V. A partir da década de oitenta do século XX, um outro movimento de ressignificação do papel do sistema judiciário ganhou prestígio na comunidade científica e também na praxe forense, especialmente nas ordens jurídicas de raiz anglo-saxônica. Trata-se da chamada **Justiça Restaurativa** (“*Restorative Justice*”), que corresponde ao “*processo em que todas as partes envolvidas em uma específica infração resolvem coletivamente como lidar com as suas consequências e as suas implicações para o futuro*”¹⁹³⁸. Como se percebe, a ideia foi concebida especificamente para os dilemas da justiça criminal; no entanto, ao menos teoricamente, já tem sido exportado para outros nichos sociojurídicos onde haja lesão a bens jurídicos associada a grande desconforto social (e.g., questões de responsabilidade civil coletiva e litígios trabalhistas). E, conquanto jamais se tenham feito conexões entre a Justiça Restaurativa e o modelo de Stuttgart — sendo certo inexistir entre um e outro qualquer liame histórico, sociológico ou mesmo cultural —, estamos convictos de que, nos planos *ideológico* e *pragmático*, os dois movimentos perspectivam metodologias e finalidades similares. Daí incluirmos tema não diverso em um tópico dedicado ao estudo do “modelo de Stuttgart” e suas repercussões: nos modelos de Justiça Restaurativa, como no de Stuttgart, a *flexibilização procedimental* configura um aspecto nevralgico. Vejamos.

As ideias do movimento por uma “Justiça Restaurativa” têm origem em uma série de estudos e práticas “recriadas” nas último quartel do século XX, nos Estados Unidos da América (com grande impulso a partir do “*Administrative Dispute Resolution Act*” de 1990) e na Europa insular (especialmente na Inglaterra, com programas de tipo vítima-ofensor ligados às “*country courts*” e atendidos por juízes itinerantes e juizados especiais informais) e também continental (hoje somam-se cerca de setecentos e cinquenta experiências, em países como Áustria, Noruega, Finlândia, Alemanha e França). Inspirou-se supostamente em antigas tradições africanas, neozelandesas e/ou norte-americanas (nativas ou das primeiras comunidades) de resolução de conflitos interindividuais por meio de diálogos pacificadores e construções coletivas de convergências. A Justiça Restaurativa

¹⁹³⁸ Tony F. Marshall, *Restorative Justice: An overview*, London, Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999, p.05. *In verbis*: “*Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*”.

baseia-se, pois, em procedimentos mais ou menos informais de *consenso*, que preferem ao processo judicial típico e envolvem a vítima e o infrator — ou, quando apropriado, outros membros da comunidade afetada pelo ato ilícito — em atividades comunitárias das quais esses interessados participam coletiva e ativamente, como sujeitos centrais, no sentido da construção de soluções concretas que não apenas punam o infrator, mas sobretudo curem as feridas morais ou sociais remanescentes, aplaquem os traumas e amenizem as perdas econômicas provocadas pela conduta desviada. No âmbito penal, liga-se ao chamado *abolicionismo moderado*, pretendendo neutralizar “*o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário*” e construir uma “*síntese dialética*” que responda melhor às demandas da sociedade por eficácia do sistema penal, sem descuidar dos direitos e das garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores e da conveniência de reparação às vítimas, partindo do pressuposto de que “*a simples punição [= justiça retributiva] não considera os fatores emocionais e sociais*”, o que termina realimentando ciclos de hostilidade e criminalidade. Na solução do conflito concreto, retira-se em boa medida o processo decisório das mãos da autoridade pública (= abordagem unidimensional), transferindo-a para as pessoas envolvidas, i.e., vítima, infrator e comunidade (= abordagem multidimensional). Ao final, tenciona-se obter um “acordo restaurativo” em favor das vítimas e ocasionalmente da comunidade, manejando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de modos tão elásticos como a justiça estritamente retributiva não permitiria, dados os limites dos textos legislativos e a própria imperatividade da lei¹⁹³⁹. Veja-se, a propósito, o elucidativo quadro sinótico-comparativo de HIGHTON, ALVAREZ e GREGÓRIO¹⁹⁴⁰:

¹⁹³⁹ Renato Sócrates Gomes Pinto, “*Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?*”, in *Justiça Restaurativa*, Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto De Vito, Renato Sócrates Gomes Pinto (org.), Brasília, MJ/PNUD, 2005, pp.20-27.

¹⁹⁴⁰ Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez, Carlos G. Gregório, *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, *passim*.

	Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Delito	Infração da norma	Conflito entre pessoas
Responsabilidade	Individual	Individual e social
Controle	Sistema penal	Sistema penal / Comunidade
Protagonistas	Infrator e o Estado	Vítima , vitimário e comunidade
Procedimento	Adversarial	Diálogo
Finalidade	Provar delitos Estabelecer culpas Aplicar castigos	Resolver conflitos Assumir responsabilidades Reparar o dano
Tempo	Baseado no passado	Baseado no futuro

Pareceria, por tais descrições, que a ideia de Justiça Restaurativa estaria na contramão do que preconizou o “modelo de Stuttgart”, que concentrou poderes na figura do juiz, ao invés de mitigá-los e reorientá-los para outros atores sociais. Falso. Aquelas são descrições teóricas, que ganharam os mais diversos contornos na prática institucional (envolvendo, não raro, a participação do Estado-juiz e/ou do Estado-administração). Com efeito, em vários sistemas judiciais a Justiça Restaurativa — ou modelos a ela tendentes — foi empreendida a partir de estruturas alternativas integradas ao próprio Poder Judiciário, para o tratamento de litígios de menor intensidade. Vejam-se, *e.g.*, os seguintes casos: (i) o modelo nova-iorquino (com as “*small claims courts*”, baseadas em lei estadual de 1981 que previra a abertura de centros de mediação em todos os condados do Estado de *New York*, confiados a instituições privadas — filantrópicas, religiosas, educacionais — mas acolhidas pela estrutura organizacional do Estado, em conexão direta com o sistema judiciário penal); (ii) o modelo neozelandês de “*family group conferencing*” (para delinquência juvenil, com mediação a abranger o agressor, a vítima, os familiares, elementos da polícia judiciária e jovens advogados, todos sob a presidência de um “*youth justice coordinateur*”); (iii) o “*Wagga Model*” (em que a mediação cabe a um agente de polícia, a um oficial de justiça ou a um voluntário habilitado para mediações no sistema penal); (iv) o “*circle sentencing*” canadense (que estreita as ligações entre as comunidades e os sistemas de justiça oficial, chamando-as para participar das conferências e das decisões nos casos concretos — é a integração ao “*sentence circle*” — e aproveitando até mesmo os recursos humanos da

estrutura estatal para as suas atividades)¹⁹⁴¹; (v) os juizados especiais brasileiros (os artigos 22 e 73 da Lei n. 9.099/1995 preveem a atuação, ao lado do juiz togado, de “juiz leigo” e de conciliador sob a orientação daqueles, tanto em causas cíveis de menor complexidade como em causas penais envolvendo infrações de menor potencial ofensivo).

Em todos esses modelos, reduz-se — é fato — a participação do *juiz togado* como representante das instâncias formais do processo judicial (porque essa é, afinal, uma das ideias centrais da proposta); e, logo, não há poderes assistenciais a exercer. Se, ademais, o “acordo restaurativo” prescindir de homologação judicial (como no “*Wagga Model*”, em que nem ao menos se reclama vinculatividade jurídica para o acordo firmado), sequer de jurisdição estaremos tratando. Mas, afora esse aspecto, todos os principais elementos que inspiraram o “modelo de Stuttgart” aparecem nos modelos de Justiça Restaurativa, ora reproduzidos, ora reformulados, ora mesmo potencializados. Dizem-no vários de seus princípios retores, que são o *voluntarismo*, a *consensualidade*, a *confidencialidade*, a *complementaridade*, a *celeridade*, a *economia de custos*, a *mediação* e a *disciplina*¹⁹⁴² (praticamente todos, à exceção do terceiro e do quarto). Tudo a apontar, em larga coincidência com as bases ideológicas do “modelo de Stuttgart”, para (a) a deformalização do processo estatal-burocrático (ou, no limite, a sua *eliminação*) com vista à consecução de fins pragmáticos e resultados substantivos; (b) a intensificação dos princípios de liberdade e de autorresponsabilidade das partes; e (c) a preocupação central com o interesse social ou comunitário, de que a solução final do litígio não pode se desvencilhar (i.e., a ideia de um instrumento institucional — agora já não propriamente estatal, mas sociocomunitário — de

¹⁹⁴¹ Cf., por todos, Francisco Amado Ferreira, *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp.59 e ss. A ligação com o Estado é tão estreita que “[o]s poderes de intervenção de cada um desses centros de mediação são conferidos por um tribunal (o Summons Court), onde um promotor de justiça recebe as queixas dos particulares. Após prévia audição da vítima e do seu agressor, um representante do centro de mediação junto deste Tribunal decide da possibilidade e da conveniência da tentativa de mediação, a qual está sujeita a determinados limites legais, quer quanto ao acordo em si — v.g., um determinado tecto de ordem financeira —, quer para a realização do encontro pacificador — um prazo previamente fixado entre oito a quinze dias após a apresentação da queixa. No funcionamento desta estrutura de mediação, tem-se registado apenas um máximo de 7 a 8% de queixas por não cumprimento do acordo de mediação (o qual deve ser reduzido a escrito e assinado pelos respectivos contraentes, para que possua um valor legal)”. Já para o caso português, o cenário desfilado por AMADO FERREIRA, sem qualquer experiência concreta relevante até meados de 2006, era bem pouco alvissareiro (pp.67-71).

¹⁹⁴² Amado Ferreira, *Justiça...*, pp.29-42.

intervenção para o bem-estar coletivo: algo como uma “*institutionelle Wohlfahrtseinrichtung*”, em alternativa à “*staatliche Wohlfahrtseinrichtung*” de KLEIN).

Assim, conquanto os modelos de Justiça Restaurativa tendam a *dispensar* o processo judicial típico¹⁹⁴³ (o que revela uma *hipótese-limite* de inflexão do “*procedural due process*”, aqui à base do consenso recíproco, sem malferimento do seu núcleo intangível), de outra parte realiza, a seu modo, o mais alto grau conhecido de *cooperação processual* (“*lato sensu*”), tanto na perspectiva endoprocedimental como inclusive naquela extraprocedimental, e em especial quanto aos seus aspectos mais mezinhos: lealdade, transparência e recíproca boa-fé. Embora funcionalmente escapem à autoridade decisória do Estado-juiz (se bem que estruturalmente sigam mantendo ligações, como apontado), não há provavelmente exemplo acabado mais perfeito do que pode ser o acesso à ordem jurídica justa em um contexto pós-moderno (de tolerância, pluricentralidade, sabedoria prática, transcendência normativa, legitimação dos procedimentos como técnicas para alcançar fins e, acima de tudo, de ruptura semi-definitiva com um dos grandes legados da modernidade: o monopólio estatal dos serviços de justiça).

¹⁹⁴³ O que, diga-se, não perfaz regra absoluta: “[n]em sempre os mecanismos de Justiça Restaurativa evitarão um processo criminal [ou cível], desde logo, quando chegue ao conhecimento das polícias ou das autoridades judiciárias e administrativas (no âmbito das suas competências e do seu dever de participação criminal) a suspeita da prática de factos susceptíveis de integrar a qualificação de crime público” (Amado Ferreira, *Justiça...*, p.38). O mesmo se aplica, ademais, ao processo cível, quando a matéria envolver níveis relevantes de interesse público (assim, *e.g.*, questões de danosidade pessoal ligadas ao meio ambiente natural ou do trabalho). A isso corresponde precisamente o *princípio da complementaridade*.

Capítulo 2

Devido processo legal como direito humano fundamental

CAPÍTULO 2

DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

§ 24º. DIREITO, PRINCÍPIOS E REGRAS: UM DIÁLOGO COM ALEXY E DWORKIN (INTERLÚDIO)

I. Deixamos já manifesta, em várias passagens do texto, nossa opção metodológica pelo arquétipo normativo proposto por ROBERT ALEXY (notadamente na obra “*Theorie der Grundrechte*”, de 1986), ao qual agregamos, no compatível, elementos do pensamento do inglês RONALD DWORKIN (notadamente em “*Taking Rights Seriously*”, de 1978). Neste interlúdio, pretendemos tão só organizar os principais conceitos implicados em tal escolha, sem maiores considerações sobre a sua bondade em relação a outros paradigmas¹⁹⁴⁴, a par de alinhar algumas correlações. Registre-se que, embora bem espalhados por todos os capítulos anteriores, esses conceitos terão especial relevância a partir do §25º, quando iniciaremos uma série de considerações concretas e casuísticas sobre como as inflexões do “*due process of law*” dão-se e se podem dar nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Os conceitos de *normas-regras* e *normas-princípios* só podem ser compreendidos no contexto da *ordem jurídica* a que pertencem. “Ordem”, aqui, significa “sistema”, como disséramos de início (tópico 5.1); e, com essa acepção, *Direito* (objetivo) e *ordem jurídica* identificam-se em um certo sentido (de *expressão* para *objeto*). Na ordem jurídica “total”

¹⁹⁴⁴ Como, e.g., a do brasileiro HUMBERTO ÁVILA, que distingue entre *regras*, *princípios* e *postulados* (v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, *passim*). O autor aparta-se de ALEXY e DWORKIN, outrossim, ao admitir a possibilidade da “dissociação em alternativas inclusivas” de um mesmo dispositivo: “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (p.60). De todo modo, parece-nos que a matriz do pensamento de ÁVILA ainda é a teoria dos princípios de ALEXY. Eis porque (também) a elegemos, em detrimento das demais construções que, afinal, nela têm se abeberado durante todo o último quartel de século.

(que é expressada ou refletida pelo Direito), inscrevem-se, na dicção de OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁹⁴⁵, as instituições, os órgãos, as fontes do Direito, a vida ou atividade jurídica (i.e., “*a série de processos de realização da ordem normativa no seio da sociedade*”) e as situações jurídicas (e.g., os direitos subjetivos, mas também os poderes e as sujeições, os deveres e as obrigações, ou ainda as faculdades e os ônus). As **normas** derivam das fontes — com as quais não se confundem — e se realizam na vida jurídica, engendrando situações jurídicas. É, portanto, na tensão entre as fontes formais e a realidade fenomênica — ou, em aproximação à teoria de MÜLLER¹⁹⁴⁶, na tensão entre o “programa normativo” e o “âmbito normativo” — que as *regras* e os *princípios* ganham entidade (e, nesse sentido, talvez assista mesmo razão a HUMBERTO ÁVILA quanto à possibilidade de que de um mesmo dispositivo dimanem regras e princípios¹⁹⁴⁷).

Assim, apenas para efeitos de parametrização do discurso, temos compreendido como **Direito** (objetivo) **a ordem sistêmica de princípios, regras e institutos que disciplinam as relações sociais em seus respectivos âmbitos normativos, de modo dinâmico e prudencial, organizando-as por meio de situações jurídicas que se articulam para a consecução do bem comum.** Essa é a expressão discursiva da “ordem jurídica total”, devidamente predicada nos seus modos ontológico, metodológico e teleológico. O Direito é uma *ordem sistêmica*, de natureza *complexa*, e não um “conjunto” de elementos deônticos, precisamente porque não se constrói pela mera junção desses elementos (regras, princípios e instituições), mas pela sua ordenação coerente com um sentido histórico e um arcabouço relativamente estável de valores (recepcionados como normas-princípios), de tal forma que a totalidade supera a soma das partes (= *caráter sinérgico*), as partes respondem ao todo como o todo responde às partes (= *caráter holístico*) e o sistema se renova espontânea e incessantemente pela permeabilidade com o mundo-do-ser (= *caráter autopoietico*). É, por isso mesmo, um subsistema *móvel e aberto*, como exhaustivamente esclarecido no tópico 5.1. Do programa normativo se extraem, ademais, *normas-princípios* e *normas-regras* (que podem se agregar em *institutos*), ambas

¹⁹⁴⁵ Oliveira Ascensão, *O Direito*, pp.49-50.

¹⁹⁴⁶ Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, trad. Peter Naumann, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2000, pp.51-112.

¹⁹⁴⁷ As “alternativas inclusivas”. Veja-se nota n. 1943.

classes propriamente **normativas**, i.e., dotadas de *vinculatividade bilateral-atributiva*¹⁹⁴⁸. Os princípios jurídicos não são, portanto, menos “normativos” do que as regras, como outrora se pensou. Mas diremos com vagar a seguir.

Dado esse ponto referencial de partida, possamos a examinar os seus elementos deônticos, sem risco de perder a perspectiva panorâmica.

II. O Direito manifesta-se por **princípios**, que são normas jurídicas de um tipo especial, i.e., mandados jurídicos de otimização (“*Optmierungsgebot*”), que “*se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida devida de seu cumprimento não apenas das possibilidades reais, como também das jurídicas*”¹⁹⁴⁹. Entre os seus principais atributos estão os seguintes¹⁹⁵⁰:

— **caráter normogenético**: os princípios conformam o *fundamento* lógico-formal, deontológico e axiológico das normas-regras (ou, no dizer de CANOTILHO, “*constituem a ratio de regras jurídicas*”), tanto para o legislador (na criação legislativa) como para o administrador (na execução das leis e na gestão da coisa pública) e para o juiz (na interpretação/aplicação do Direito, na colmatação de lacunas etc.);

— **caráter de fundamentalidade no sistema**: ao contrário da função residual que lhes foi reservada pelo direito moderno-legal-formal (v., e.g., o artigo 4º da LINDB, o artigo 8º, *caput*, da CLT e, “*a contrario sensu*”, o artigo 1º, 1, do CC português), as normas-princípios estão *na base* de todo o edifício jurídico (donde, aliás, o papel normogenético), seja pela sua superior posição hierárquica no sistema de fontes (como

¹⁹⁴⁸ Estamos, com MIGUEL REALE, em que “há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo. Quanto um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é jurídico. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer não há Direito, como inexiste este se não houver garantia específica para tais atos” (Miguel Reale, *Lições...*, p.51). Essa “proporção” (ou “razão”, ou “sabedoria”) é precisamente o que determina o caráter *prudencial* do Direito.

¹⁹⁴⁹ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.75-77 (especialmente p.75), 122-125.

¹⁹⁵⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.1086-1087.

ocorre com os princípios constitucionais), seja pelo sua missão estruturante na ordem jurídica¹⁹⁵¹;

— **elevado grau de abstração (= baixo grau de determinabilidade)**: os princípios são vagos e indeterminados, de modo que reclamam, em geral, *mediações concretizadoras* pela própria atividade legislativa ou, ainda, pela atividade executiva ou judiciária;

— **proximidade semântica com a “ideia de justiça”**: os princípios têm grande expressão axiológica, i.e., estão mais próximos dos ideais racionais e/ou intuitivos a que associamos o ideal de justiça.

Essa proximidade, porém, não permite que se confundam os princípios com os valores. Uns e outros estão, é certo, vinculados em um duplo sentido (pelas categorias da “colisão” e da “ponderação”, que tanto se aplicam a princípios como a valores, e pelo fato de que “*o cumprimento gradual dos princípios têm o seu equivalente na realização gradual dos valores*”) ¹⁹⁵². Mas, na leitura alexyana — que arranca da “lógica da preferência” de GEORG HENRIK VON WRIGHT —, há uma diferença importante: os princípios são mandados de otimização, enunciando um dever-ser; e, como tal, pertencem à classe dos *conceitos deontológicos* (“*Sollen*”), juntamente com as proibições, as permissões e os direitos a algo. Já os valores pertencem à classe dos *conceitos axiológicos*, que enunciam a bondade de algo (“*Guten*”): “belo”, “valente”, “seguro”, “econômico”, “democrático”, “social”, “liberal” etc. Pressupondo-se, porém, um conceito superior de “norma axiológica” (que não é jurídica), pode-se traçar um paralelo: assim como no campo deontológico há o *princípio* e a *regra jurídica*, no campo deontológico já o *critério de valoração*, a que corresponde o próprio *valor* (“*Bewertungskriterium*” = “*Wert*”), e a *regra de valoração* (“*Bewertungsregel*”). Diríamos, em acréscimo, que alguns valores têm

¹⁹⁵¹ Sobre o papel estruturante dos princípios no caso português, v. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, *passim* (especialmente pp.49-50).

¹⁹⁵² Robert Alexy, *Theorie...*, pp. 125 e ss. Os conceitos deontológicos admitem, portanto, quatro formatos: “*der Gebot*” — onde se encaixam os princípios —, “*der Verbot*”, “*die Erlaubnis*” e “*der Recht auf etwas*” (p.126). O autor cita, ademais, a classe dos *conceitos antropológicos* (“*anthropologische Begriffe*”), ao lado dos conceitos deontológicos e dos conceitos axiológicos, para abranger elementos como “vontade”, “interesse”, “necessidade”, “decisão” e “ação”.

relevância imediata para o Direito, por ato de vontade política plasmado nas fontes primárias (*e.g.*, a Constituição); é o que geralmente se dá, por exemplo, nos preâmbulos constitucionais. No caso brasileiro, *e.g.*, o preâmbulo constitucional menciona textualmente os “valores supremos” da segurança, do bem-estar (= bem comum), da segurança, do desenvolvimento, da igualdade, da justiça, da fraternidade, do pluralismo etc. Especialmente nesses casos, os valores “positivados” adquirem a condição de elementos *intrassistemáticos* (porque outros tantos, como a “bondade” ou a “beleza”, seguem sendo extrassistemáticos) e **devem** ser considerados na interpretação/aplicação do Direito (como há muito têm feito, *p.ex.*, os franceses — v. tópicos 10.2 e 22.1, II).

É, aliás, no ensejo da abordagem *pós-positivista* que a experiência jurídica contemporânea tem revitalizado o seu pulso axiológico, ampliando as conexões entre princípios e valores e redescobrimdo o papel desses últimos nos caminhos do Direito. Daí BARROSO ter dito, do chamado “pós-positivismo”, ser

“designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a [re]definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. **O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito**”¹⁹⁵³.

Pós-positivismo, portanto, como atalho de aproximação entre a ética e o Direito, entre a legitimidade e a positividade jurídica, pela via da supremacia dos princípios jurídicos. Fazendo migrar da estéril retórica moderno-liberal para uma teoria da decisão que admita e reconheça, ao Estado-juiz, a possibilidade de *atos de vontade*, e não apenas de mera cognição; e para uma lógica pautada também em *razão prática*, e não apenas em razão pura¹⁹⁵⁴ (e tanto menos em razão puro-cartesiana). Porque as abordagens positivistas do Direito, das mais autoritárias ou legalistas (= paleopositivistas) àquelas mais liberais,

¹⁹⁵³ Luís Roberto Barroso, “*Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*”, in *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Luís Roberto Barroso (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp.27-28.

¹⁹⁵⁴ Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp.12-14.

lançaram-no em sucessivas crises conjunturais, ante a sua aparente incapacidade de entregar às pessoas as suas duas grandes promessas históricas (precisamente dois conceitos axiológicos): *justiça* (material) e *segurança* (inclusive a jurídica).

Mas o Direito também se manifesta por **regras**, que são normas jurídicas com os atributos *inversos* àqueles dos princípios: detêm *baixo grau de abstração*, *elevado grau de determinabilidade* e *menor proximidade semântica com a “ideia de justiça”*, além de não desempenharem propriamente funções normogenéticas (assim, *e.g.*, uma portaria administrativa que tente “minudenciar” o conteúdo de um dispositivo legal do qual emane norma-regra correrá o sério risco de exceder suas competências formais e tornar-se ilegal). As regras podem ter conteúdos deontológicos (como, *e.g.*, as normas penais incriminadoras em geral), mas também podem ter conteúdos descritivos (como, *e.g.*, a regra que dimana do artigo 4º, 3, do CPC luso¹⁹⁵⁵) ou meramente funcionais. Diversamente das normas-princípios, as normas-regras regem-se pela lógica do “*all-or-nothing*” (*i.e.*, “*aplicable in all-or-nothing fashion*”¹⁹⁵⁶): se contraditórias ou mesmo coincidentes em mesmas condições de tempo/espço, ab-rogam-se ou derogam-se reciprocamente (no Brasil, veja-se esse critério — que portanto só se aplica às *regras* — no artigo 2º, *caput* e §§ 1º a 3º, da LINDB; em Portugal, veja-se o mesmo no artigo 7º do CC).

O Direito ainda se manifesta por meio de **institutos**, assim entendidos os micromodelos jurídicos (*i.e.*, “*estruturas normativas complexas, mas homogêneas*”) em que se articulam normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins¹⁹⁵⁷. Assim, *e.g.*, o usufruto no Direito Civil, a greve no Direito do Trabalho, a suspensão condicional da pena no Direito Penal ou a coisa julgada no Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho. etc. Não se confundam *institutos* com *instituições* (referidas acima, na “ordem jurídica total”): as *instituições* têm um sentido mais abrangente e autonômico, compreendendo representações mais organizativo-funcionais e menos deontológicas: o

¹⁹⁵⁵ *In verbis*: “Dizem-se acções executivas aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado”.

¹⁹⁵⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp.24-27.

¹⁹⁵⁷ Miguel Reale, “*Instituto jurídico*” (verbete), in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Rubens Limongi França (coord.), São Paulo, Saraiva, 1980, v. 45, p.118.

Poder Judiciário, p.ex., é uma *instituição* (entendido como organismo burocrático, não como manifestação constitucional de soberania ou autarquia interna), não um “instituto”.

III. Na cena pós-positivista, que assimila melhor as contingências da pós-modernidade (tópico 23.1, n. I), os princípios desempenham relevantes funções, a justificar toda a sua centralidade. Entre tantas funções usualmente citadas, concentremo-nos em quatro: a **função normogenética** (adiantada há pouco), a **função hermenêutica**, a **função integrativa** e a **função derogatória**. Vejamos cada uma delas.

O brasileiro RUI BARBOSA certa feita afirmou, dos publicistas do seu tempo, que pouca importância vinham dando às “questões de princípios”; e, no entanto, os princípios seriam *tudo*: “[o]s interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou, por melhor dizermos, dentro neles”¹⁹⁵⁸. Se é assim, o *ato político fundamental* de uma nação, que é a sua Constituição, deve necessariamente inspirar, pela sinalização dos “interesses materiais” superiores, toda a atividade política derivada ou decorrente. O que nos remete à **função normogenética** (que é, do ponto de vista legislativo-estruturante, a mais relevante de todas).

Não é prelaia do profissional forense (o juiz, o advogado, o membro do Ministério Público) a adoção de uma atitude pós-positivista no trato do Direito. Antes e acima deles, o *legislador* pode (e deve) fazê-lo. Os projetos de lei devem atender não apenas às formas e processos constitucionalmente previstos, mas sobretudo à substância constitucional, não se divorciando dos princípios maiores da Constituição (o que é bem mais do que meramente evitar contradições literais de texto). Afinal, o poder de conformação legislativa acometido pelo poder constituinte originário aos parlamentos encontra não apenas limites formais, mas também *limites contedísticos* que não se exaurem na adequação textual com as normas-regras constitucionais, mas derivam também — até com maior força e abrangência — das normas-princípios constitucionais. Na jurisprudência do STF, pontifica-se há anos que

¹⁹⁵⁸ Rui Barbosa, “*Escola Militar*”, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1889, v. 16, t. 1, p. 191 (v. http://www.docvirt.no-ip.com/ObrasRui/STF_Biblioteca.htm, acesso em 17.01.2012).

“os desvios inconstitucionais do Estado [...] geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que [...] deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República. [...] O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como **dever inderrogável do Poder Público**. A ofensa do Estado a esses valores — que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos — introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder” (STF, Pet. n. 1458/CE, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26.02.1998, *in* DJ 04.03.1998 [g.n.]).

Vinculado está, portanto, o “poder público”, e não apenas o Poder Judiciário. Também o Poder Executivo e do Poder Legislativo.

De outra parte, pela **função hermenêutica**, os princípios assumem o seu papel instrumental no processo intelectual de interpretação/aplicação da fonte formal. Atuam, a um tempo, como *bússola* e como *baliza* para o intérprete/aplicador: as regras e institutos devem ser sempre compreendidos em harmonia com os princípios que informam a correspondente matéria ou disciplina; e é pelos princípios, ademais, que se devem definir os limites juridicamente possíveis da interpretação/aplicação do Direito. Açambarcamos nesta função, portanto, tanto a tradicional função estritamente *interpretativa* (a definir alcance e sentido da norma) como aquela outra comumente dita *limitativa* (porque limita a própria eficácia das normas-regras, quando não a sua validade, de acordo com a modulação dos princípios).

E como operar a função hermenêutica dos princípios? SUNDFELD bem a esclarece, advertindo que **(a)** um dispositivo está sendo incorretamente interpretado, se do resultado da interpretação advém contradição explícita ou implícita com os princípios regentes da matéria; **(b)** dentre as interpretações possíveis de um dispositivo, deve-se optar por aquela que melhor se afine com os correspondentes princípios; **(c)** se o texto normativo apresenta-se com alcance notoriamente diverso daquele predisposto pelo princípio (seja porque mais

extenso, seja porque mais restrito), deve-se servir do princípio para calibrar-lhe o alcance e adequar a regra à “*ratio*” do princípio¹⁹⁵⁹.

A **função integrativa** é aquela mais comumente reconhecida pela legislação oitocentista e novecentista. Na LINDB (cujo teor remonta a 1942), o art. 4º segue dizendo que o juiz poderá se socorrer dos “princípios gerais de direito” — *depois* da analogia e dos costumes — , e ainda assim “[q]uando a lei for omissa”. O mesmo fora dito pela LICC de 1916, sobre cujo art. 7º declarou CLÓVIS BEVILÁQUA:

“a lei é a forma por excellencia do direito; **num segundo plano e subsidiariamente**, acha-se o costume; o dominio da lei illumina-se e dilata-se pela interpretação; se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do *espírito da lei* a norma juridica applicavel ao caso, que tem deante de si, recorre ao processo da *analogia*; e **quando este se mostra inadequado abre-se-lhe um espaço mais vasto, onde exercerá a sua livre investigação, à procura dos principios geraes do direito**. É uma **marcha ascensional**, na qual a intelligencia vae, gradualmente, alargando o campo das suas operações”¹⁹⁶⁰.

O CPC brasileiro, por seu turno, não discrepa: estatui, no art. 126 (com a redação da Lei n. 5.925/1973), que “[o] juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; **não as havendo**, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (g.n.). Outra vez, os princípios aparecem ao final, após a analogia e os costumes. O mesmo se passa, ademais, na CLT (artigo 8º, *caput*).

Já não se acaba mais, porém, a ideia de que os princípios são meras “fontes subsidiárias”, cedendo espaço à lei formal e a outras fontes ou métodos quando existirem. À vista do seu grau maior de fundamentalidade (*supra*), constituem o próprio pressuposto material de validade das leis em sentido formal; conseqüentemente, não podem ser preteridos em favor delas. Antes, poderão mesmo derogá-las. Na moderna Jurisprudência,

¹⁹⁵⁹ Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1992, p.183.

¹⁹⁶⁰ Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1949, v. I, p.115 (g.n.).

de antiga fonte subsidiária em terceiro grau (papel que lhes reservaram os códigos e consolidações dos séculos XIX e XX), os princípios gerais tornaram-se — sobretudo a partir das últimas constituições da segunda metade do século XX (entre as quais a CRP e a CRFB) — uma inexorável *fonte primária de normatividade*¹⁹⁶¹, integrando o sistema legal em caso de lacunas formais, ontológicas ou axiológicas. No Brasil, aliás, isso decorre do próprio texto do artigo 5º, §1º, da CRFB, no que diz com a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Nesse passo, abrem-se ao intérprete/aplicador três possibilidades primaciais no manejo dos princípios jurídicos, mormente os constitucionais (porque, se o texto legal estiver de acordo com o seu princípio regente, basta aplicar a lei formal, atendo-se à legalidade formal):

- (a) se não há para o caso um texto normativo aplicável, recorre-se diretamente aos princípios, que desempenharão sua *função integrativa* (inclusive com prelação sobre outras fontes ou métodos, como os costumes e a analogia);
- (b) se a compreensão corrente do texto legal rivaliza-se com os conteúdos óbvios da norma-princípio, mas a interpretação da fonte está equivocada (hipótese mais comum), deve-se readequá-la com as lentes do princípio (= função interpretativa); tratando-se de princípio constitucional, produzir-se-á a *interpretação conforme a Constituição* (“*verfassungskonforme Auslegung*”),
- (c) se, por fim, a compreensão corrente do texto legal rivaliza-se com os conteúdos óbvios da norma-princípio e a interpretação da fonte não está equivocada, nem há outra melhor em alternativa, resta comprometida a validade ou a eficácia da norma-regra, conforme o caso.

Enfim, é da **função derogatória** que a contrariedade entre a regra e o princípio, se irreduzível pela via hermenêutica, logicamente se resolva *contra* a norma-regra. E isso tanto

¹⁹⁶¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p.254.

vale para princípios constitucionais como para princípios não constitucionais, desde que se entenda que a norma-regra tem de estar fundada em *algum* princípio (i.e., em alguma “*ratio essendi*” que dê sentido e legitimidade à manifestação de vontade estatal: o texto normativo não pode ser arbitrário). Se os princípios que correntemente regem a matéria não explicam a regra, será preciso identificar algum outro princípio que lhe dê sustentação, ainda que excepcionalmente, cognoscível a partir de outra fonte ou daquela própria que dimanou a regra (a revelar, portanto, um “novo” princípio). Ademais, na medida em que os princípios não se revogam ou excluem mutuamente (porque não se submetem à lógica do “*all-or-nothing*”), mas antes convivem para formar os alicerces comuns do sistema jurídico, nem mesmo se concebem princípios infraconstitucionais que abstratamente “contrastem” com princípios constitucionais. Os princípios ou estão *expressos* na Constituição, ou ali estão *implícitos*, ou decorrem de outros princípios maiores que têm sede constitucional. O que estiver absolutamente desataviado da Constituição não é, em absoluto, um princípio jurídico.

Mas o que significa dizer que a tensão entre o princípio e a regra resolve-se *contra* o princípio? Significa dizer, com SAMUEL ESPÍNDOLA, que

“as normas que se contraponham aos núcleos de erradicação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional”¹⁹⁶².

A rigor, sequer há possibilidade teórica de conflito entre norma-princípio e norma-regra ¹⁹⁶³ : regras *conflitam* (= “*Regelkonflikt*”), enquanto princípios *colidem* (“*Prinzipienkollision*”), e tais fenômenos não se entrecruzam. Assim, na sugerida “tensão” entre regra e princípio, colidem na verdade os princípios “*in se*”: o princípio diretamente enunciado e aquele que serve de fundamento à regra. Nessa linha de ideias, poderá mesmo ocorrer de uma regra “prevalecer” sobre um princípio; mas apenas porque, no caso

¹⁹⁶² Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.67.

¹⁹⁶³ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.77 e ss.

concreto, o princípio que fundamenta a regra *preferiu* àquele outro que a contrariava, o que se apura a partir de juízos de proporcionalidade.

Desse modo, em nossa visão, a *função derogatória* dos princípios opera por dois caminhos:

(a) com **alta intensidade**, afastando a validade de regras que absolutamente não têm qualquer supedâneo constitucional (conduzindo, assim, a um juízo abstrato de inconstitucionalidade integral ou parcial da fonte geradora da norma-regra);

(b) com **baixa intensidade**, afastando a eficácia de fontes geradoras de regras que afinal têm supedâneo constitucional direto ou indireto (i.e., decorrem de princípios constitucionais ou de princípios infraconstitucionais derivados), mas cujos fundamentos principiológicos cedem lugar, em juízos concretos de proporcionalidade, à aplicação dos princípios episodicamente contrapostos (= “relação de precedência condicional”, ou “*bedingte Vorrangrelation*”¹⁹⁶⁴).

Nos dois casos, com o afastamento das normas-regras, aplicar-se-ão diretamente os princípios jurídicos sobreluzentes na regência das relações jurídicas concretas (= eficácia integrativa ou, para alguns, “diretiva”). No primeiro, porém, a norma-regra desaparece do mundo jurídico: eis a *função derogatória de alta intensidade*, dita por alguns “*função negativa*”, que consiste em revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis¹⁹⁶⁵. Já no último, a norma-regra não é eliminada do sistema jurídico, porque não contrasta “*in abstracto*” com norma constitucional e nem lhe faltam pressupostos de validade material. Apenas não terá aplicação na situação concreta examinada (= eficácia), podendo vir a ser aplicada em outro contexto, no qual não haja colisão relevante de princípios ou os seus fundamentos principiológicos concretamente prevaleçam. Estamos então diante dos efeitos de uma *função derogatória de baixa intensidade*, que no plano constitucional se dá, p. ex., nas hipóteses de *declaração parcial*

¹⁹⁶⁴ *Idem*, p.81.

¹⁹⁶⁵ José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p.46. Cf. também Ruy Samuel Espíndola, *Conceito...*, p.55.

de nulidade sem redução de texto (ou “*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*”). Reduz-se, na verdade, o âmbito espacial ou temporal de *eficácia* (= possibilidade de aplicação \neq efetividade) da norma-regra, porque já não se atua na dimensão da validade, mas na dimensão do “peso” (“*Gewicht*”¹⁹⁶⁶).

IV. Em arremate, no que diz respeito ao binômio interpretação/aplicação (= interpretação da fonte + aplicação da norma), é certo que as regras regem-se pelo método da **subsunção**, enquanto os princípios devem reger-se pelo método da **ponderação** ou **sopesamento** (“*Abwägung*”, “*balancing*”). ALEXY observa, em texto de 2003 (respondendo a críticas de HABERMAS), que a ponderação possui uma estrutura perfeitamente *racional* (e não arbitrária), erguida sobre dois pilares instrumentais: a *lei de ponderação* e a *regra da desproporcionalidade* (ambas já vistas por aqui). Deitadas tais raízes, a ponderação não representa qualquer risco relevante para os direitos subjetivos das pessoas; e tampouco pode ser resumida, como outrora se sustentou, a uma mera “alternativa discursiva”. Ao contrário, torna-se o grande fiel da indenidade daqueles direitos — mesmo quando a lei formal diga o contrário — e se revela, na comparação com outras técnicas, como “*an indispensable form of rational practical discourse*”¹⁹⁶⁷.

O método da **ponderação** tem importância nuclear para o objeto deste estudo, como já deixamos evidente em diversas oportunidades (e.g., §§ 12º, 13º e 14º, *supra*). E é assim precisamente porque, a despeito da possibilidade técnica de que disposições normativas de direitos fundamentais tenham caráter de *regra*¹⁹⁶⁸, a tendência amplamente dominante, já bem reconhecida em doutrina (EIKE v. HIPPEL, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA — *supra*, nota n. 144) é que se apresentem como *princípios*, com todos os atributos já apresentados (caráter normogenético, baixo grau de determinabilidade, proximidade com a “ideia de justiça” etc.). Em “*hard cases*” — e nomeadamente em sede de inflexão do “*procedural due process*” legalmente descrito — não é sequer possível aviar soluções jurídicas adstritas ao método da subsunção. A ideia de sopesamento é, ademais, inerente à própria dimensão substantiva da “*due process clause*”, como vimos (tópico 12.2). Já a

¹⁹⁶⁶ Robert Alexy, *Theorie...*, p.79.

¹⁹⁶⁷ Robert Alexy, “*Constitutional Rights...*”, pp. 131-140

¹⁹⁶⁸ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.71-77.

minudenciamos em termos práticos, no que era útil para este estudo, ao tratar da proporcionalidade (tópicos 14.1 e 14.2). E a sua “lei”, também já a enunciamos algumas vezes (embora sem a preocupação de complicá-la com a sofisticada e talvez estéril invenção alexyana de sopesamento por pesos aritméticos relativos): “*quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”. Já a “regra da desproporcionalidade” assim se enuncia: “*Uma interferência em um direito fundamental é desproporcional se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma interferência em um outro direito ou princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), sendo essa última ao menos tão intensa quanto a primeira*”. Na verdade, “lei” e “regra” aqui não são as expressões mais felizes, porque predispõem à confusão. Melhor dizer serem ambas *axiomas* (ou *máximas*) *instrumentais* empregáveis nos processos intelectivos de ponderação.

Agora, naquilo que nos interessa mais diretamente: o exercício da discricção judicial nos contextos concretos de inflexão do “*procedural due process*” traduziria incontornável insegurança jurídica, pela “*possibilidade de se apresentar, como mandados jurídico-constitucionais, resultados de ponderação muito discrepantes*”, a ponto de se convolar a “decisão fundamental do legislador” em uma autorização global para os intérpretes constitucionais? Compreendemos que não: há, sim, graus de incerteza, porém plenamente toleráveis em ambientes democráticos. De novo com ALEXY¹⁹⁶⁹, é importante notar que a “decisão fundamental” do constituinte não pode ser mais do que uma decisão em favor de determinados princípios, ora pressupostos, ora expressos diretamente, ora desdobrados em regras. Há, portanto, o lastro mínimo dos textos escritos (salvo raras exceções nacionais) — que desempenham uma notória “função negativa” (v. nota n. 1137) —, como também há a concretude das próprias regras constitucionais, apenas *complementadas* com o nível dos princípios; e, para mais, há o papel uniformizador das cortes constitucionais¹⁹⁷⁰. Nessas bases, p. ex., se a Constituição brasileira assegura textualmente a impetração de *habeas*

¹⁹⁶⁹ *Idem*, pp.156-157.

¹⁹⁷⁰ Nas palavras de ALEXY, “[...] *die auf der Regelebene erzeugbare Sicherheit nicht nur auf der grundsätzlich gebotenen Beachtung des Wortlauts und des Willens des Verfassungsgebers, sondern wesentlich auch auf der präjudiziellen Kraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beruht*” (p.157 [g.n.]).

corpus, exceto quanto às transgressões militares (artigo 142, §2º), e inclui tal garantia entre os preceitos imunes ao poder de emenda (artigo 5º, LXVIII, c.c. artigo 60, §4º, IV), não há interpretação razoável que em qualquer contexto permita dizer estar suspensa ou “infletida” aquela garantia.

§ 25º. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ROL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: DIREITO OU GARANTIA? AS RESTRIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL POSSUI UM CONTEÚDO ESSENCIAL INTANGÍVEL?

I. Antes de mais, perquirir o “conteúdo essencial intangível” (“*Wesensgehaltgarantie*”) do direito fundamental ao devido processo formal pressupõe tomar posição acerca da *natureza* do “*procedural due process*”. Trata-se, afinal, realmente de um **direito** fundamental? Ou trata-se de uma **garantia**? Responder à pergunta requer identificar as distinções conceituais que a doutrina tradicionalmente perfilha a respeito. E já as identificamos “*en passant*”, no início do Capítulo 4, quando evidenciamos as interações sistêmicas entre as duas dimensões do devido processo legal. Agora, resta aprofundar e desenvolver aquela resposta.

As **garantias constitucionais**, segundo CANOTILHO, caracterizam-se pela sua natureza eminentemente *instrumental*: consubstanciam o direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus outros direitos e, bem assim, a gama de meios processuais adequados a essa finalidade (*e.g.*, o direito de acesso aos tribunais, o direito de *habeas corpus*, os princípios penais do “*nullum crimen sine lege*”, da “*nulla poena sine crimen*” e do “*non bis in idem*” etc.)¹⁹⁷¹. Já para JOSÉ AFONSO DA SILVA, são “*instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos*

¹⁹⁷¹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*..., p.372.

*fundamentais*¹⁹⁷², podendo ser de dois tipos: as *garantias constitucionais gerais*, que se inserem nos mecanismos de freios e contrapesos dos poderes públicos (no Brasil, *e.g.*, a separação dos poderes, a rigidez constitucional, a jurisdição organizada e as limitações constitucionais ao poder presidencial de editar medidas provisórias); e as *garantias constitucionais especiais*, que são técnicas e mecanismos limitadores da atuação de órgãos estatais e/ou de particulares, protegendo a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. Seriam garantias constitucionais especiais, no plano individual, o princípio da legalidade, o princípio da proteção judiciária (também dito da inafastabilidade da jurisdição, a *incluir*, para o autor, os direitos de ação e defesa e também *o devido processo legal*), a estabilidade dos direitos subjetivos (= proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), o direito à segurança (e aqui estariam as garantias do devido processo penal¹⁹⁷³) e os remédios constitucionais¹⁹⁷⁴ em geral (como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção individual, o mandado de segurança individual etc.); já no plano social, teríamos o mandado de injunção e o de segurança coletivo, a ação popular, o próprio direito de greve etc¹⁹⁷⁵.

¹⁹⁷² José Afonso da Silva, *Curso...*, p.172.

¹⁹⁷³ O que, “*concessa venia*”, já serve a bem demonstrar a desconformidade da classificação: ao fim e ao cabo, pelo critério de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o “direito ao devido processo legal” estaria ligado à proteção judiciária, mas as “garantias de segurança em matéria penal” — várias delas a configurar o chamado “devido processo penal” (*supra*, tópico 16.5.2) — pertenceriam a uma outra raiz constitucional, a do direito à segurança... Engano. Como temos demonstrado durante todo o desenvolvimento deste estudo, todas as garantias processuais dimanam lógica e sistematicamente de um único tronco constitucional: o “*procedural due process*”.

¹⁹⁷⁴ Houve quem pretendesse discrepar entre os *remédios constitucionais* (i.e., as ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais) das garantias constitucionais, supondo que aqueles identificam-se pela *atuação* cidadã, enquanto essas, ao contrário, identificar-se-iam pela *omissão* (seriam as vedações e limitações impostas ao poder público). Cf., *e.g.*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, pp.270-271. Aqui, porém, estamos com JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao pontuar que “*esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer, porque, em existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer, porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados ou não satisfeitos nos termos da Constituição importa em impor correção a seus atos e atividades, o que é um modo de limitar. E mais, tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição*” (José Afonso da Silva, *Curso...*, p.387). Por isso, alhures já referíamos tais ações constitucionais como “remédios-garantias” (*e.g.*, tópico 20.4).

¹⁹⁷⁵ José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.359-408. Sobre o direito de greve, o autor bem diz que “*é um direito-garantia, na medida em que ele não é uma vantagem, um bem, auferível em si pelos grevistas, mas um meio utilizado pelos trabalhadores para conseguirem a efetivação de seus direitos e melhores condições de trabalho*” (p.407).

Essa seria, pois, a compleição tecnicamente mais exata para a espécie jusfundamental das *garantias constitucionais*. Não obstante, é certo que a doutrina corrente utiliza a expressão “garantias” de modo equívoco. Os alemães discerniram as chamadas *garantias institucionais* (“*Einrichtungsgarantien*”), divididas entre garantias jurídico-públicas (“*institutionelle Garantien*”) e garantias jurídico-privadas (“*Institutsgarantie*”), com um sentido por tudo diverso deste apresentado até aqui: as garantias institucionais não seriam proteções constitucionais dirigidas à pessoa humana, mas às *instituições como tais* (i.e., como sujeitos/objetos de direitos, inconfundíveis com os cidadãos); assim, configurariam garantias institucionais a proteção constitucional à maternidade, à família, à autonomia dos entes federativos, à autonomia universitária, ao funcionalismo público etc. (chancelas que só indiretamente se expandiriam para a garantia de direitos individuais ou sociais)¹⁹⁷⁶. De outra parte, o constitucionalismo latino-americano tem se reportado às *garantias constitucionais* com ao menos três sentidos diversos: ora como reconhecimento positivo-constitucional dos direitos fundamentais (presumindo a origem *supraestatal*, *inata* e *natural* desses direitos, restando à Constituição apenas reconhecê-los e assim garanti-los na ordem positiva), ora como *formalidades* que abrigam os cidadãos dos abusos de poder pela autoridade pública (como, *e.g.*, a necessidade de um processo público e adversarial para a condenação criminal do réu), ora ainda como recursos jurídicos destinados a tornar efetivos os direitos fundamentais — e é com esse derradeiro sentido que JOSÉ AFONSO DA SILVA termina se alinhando¹⁹⁷⁷. Também nós assim compreendemos, com uma adução: as categorias dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais, se admitem distinção, *não são autoexcludentes*.

A própria doutrina, com efeito, não parece segura em discrepar direitos e garantias. RUI BARBOSA dissera que os direitos decorreriam dos dispositivos constitucionais meramente “declaratórios”, enquanto as garantias dimanariam dos dispositivos

¹⁹⁷⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.373. Com acerto, porém, o catedrático de Coimbra observa que “o duplo carácter atribuído aos direitos fundamentais — individual e institucional — faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família (art. 36º/1) se deva considerar indissociável da protecção da instituição família como tal (art. 67º). [...] A protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do “mínimo essencial” (núcleo essencial) das instituições” (pp.373-374).

¹⁹⁷⁷ José Afonso da Silva, *Curso...*, p.171.

constitucionais “assecuratórios”, que limitam o poder em defesa daqueles direitos¹⁹⁷⁸. Tais considerações remontam, porém, ao texto da Constituição brasileira de 1891, há mais de um século. Na atualidade, considerando-se as várias funções que a doutrina contemporânea reconhece às normas-princípios (e, portanto, às normas de direitos fundamentais que detêm essa característica dominante — *supra*, nota n. 144), entre as quais a função supletiva e a própria função derogatória (logo, funções pura e diretamente *normativas*: cf. o §24º), já não parece sequer adequado diferenciar entre direitos e garantias por serem aqueles previstos em disposições “meramente declaratórias”, porque, a rigor, não são: também servem à *limitação do poder* (como proibição de excesso), ou mesmo à sua *constrição* — *e.g.*, nos direitos a prestações (como proibição de insuficiência) —, diretamente ou por mediações concretizadoras. Por isso, CANOTILHO referiu-se à distinção clássica entre direitos e garantias constitucionais utilizando o verbo no pretérito imperfeito, obviando o paulatino abandono da dicotomia, já que, “[r]igorosamente, as clássicas garantias são também direitos”¹⁹⁷⁹; e AFONSO DA SILVA observou, com razão, não serem “nítidas” as linhas divisórias entre direitos e garantias; e, adiante, obtemperou que todas as garantias constitucionais “são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem por si, mas direitos-instrumentais, porque destinados a tutelar um direito principal”¹⁹⁸⁰. Já SAMPAIO DÓRIA, talvez com ainda maior acerto, preferia nem ao menos distingui-los, pois “os direitos são garantias, e as garantias são direitos”¹⁹⁸¹. A própria Constituição brasileira de 1988 não tratou de apartá-los nitidamente, nem de apurar a respectiva terminologia¹⁹⁸²; ao revés, diante das propostas de abrir capítulos separados (um para os direitos fundamentais e outro para as garantias), o relator BERNARDO CABRAL preferiu reunir uns e outros em

¹⁹⁷⁸ Rui Barbosa, *República: Teoria e Prática: Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*, Petrópolis, Vozes, 1978, pp.121 e ss.

¹⁹⁷⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.372 (“As **garantias** traduziam-se [...]”).

¹⁹⁸⁰ José Afonso da Silva, *Curso...*, p. 170 e nota n. 33; depois, p.365. No entanto, como já dito, o autor insiste com o esforço discriminatório e termina por considerar que, dos inúmeros incisos originários do artigo 5º da CRFB, a metade veicularia *garantias* e não direitos (*e.g.*, todos aqueles compreendidos entre o inciso XXXV e o LXXVII — **inclusive a “due process clause”**, inserida no inciso LIV).

¹⁹⁸¹ Antônio de Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1953, v. II, p.257. Parece-nos realmente que essas distinções categoriais perdem sentido nas contingências pós-modernas.

¹⁹⁸² O texto “*se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias*”; assim, p.ex., o inciso V do artigo 5º, que “*assegura*” o direito de resposta, ou o inciso XXII, que “*garante*” o direito de herança, etc. Por outro lado, a inviolabilidade domiciliar, telefônico e epistolar seriam genuínas *garantias*, mas as duas últimas são referidas no texto constitucional como “direitos” (*e.g.*, artigo 136, §1º, I, “*b*” e “*c*”, da CRFB)... Cf. José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.170-171.

um mesmo capítulo (o primeiro do título II), tal como depois aprovaria a Assembleia Nacional Constituinte.

II. Por outro lado, ainda que se admita aquela distinção, é certo que o “*procedural due process*” tanto funciona como *garantia* (no sentido de que possui *caráter instrumental* em relação aos direitos materiais, notadamente aqueles ditos fundamentais, permitindo a sua realização ao assegurar o direito de ação, o direito de defesa, o livre acesso aos tribunais e, por eles, todos os consectários de um consequente acesso à ordem jurídica justa: juiz natural, efetividade, contraditório e ampla defesa, motivação, publicidade, duração razoável etc.), como também funciona como *direito* (ou *plexo de direitos* autonomizados), o que diz com a própria **abstração** do direito constitucional de ação. Com efeito, se é certo que o poder de agir em juízo (ou *direito de demanda* — v., e.g., o artigo 5º, XXXV, da CRFB) é um *direito cívico* “*absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta*”, e se é ainda certo que ele se convola em um abstrato *direito de ação* — para quem tenha legitimidade “*ad causam*” e interesse de agir¹⁹⁸³ — lido agora como “*direito ao processo e ao julgamento de mérito*”¹⁹⁸⁴, então também parece certo que o “*procedural due process*” não é apenas um direito instrumental para a garantia de direitos materiais; para além disso, é também um genuíno *direito a procedimentos* (= “*Recht auf Verfahren*”) ¹⁹⁸⁵ constitucionalmente autonomizado, que sobrevive *independentemente* dos direitos para os quais está instrumentalizado. Noutras palavras, a despeito de ter ou não razão naquilo que pede ao Estado (inclusive em sede de direitos humanos fundamentais), e independentemente da natureza de suas pretensões materiais, a pessoa humana tem um *direito formal e autônomo de acesso aos tribunais*; e, mais, se legitimada e interessada na perspectiva de suas pretensões materiais, tem também um *direito formal e autônomo de pronunciamento oficial*

¹⁹⁸³ Podendo-se acrescentar, ainda, a *possibilidade jurídica do pedido*, como terceira condição da ação, a depender do autor ou da escola. O próprio LIEBMAN hesitou a esse respeito, ora reconhecendo-a como tal, ora expungindo-a. Cf. Liebman, *Manual...*, pp.153-161 e nota n. 106; e, já apresentada, veja-se a nota n. 468. Aliás, aquela hesitação aparentemente se refletiu no direito brasileiro, talvez como consequência da influência liebmaniana na doutrina nacional: o CPC de 1973, atualmente em vigor, ora inclui a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação (artigo 267, VI), ora a descarta (artigo 3º)...

¹⁹⁸⁴ Liebman, *Manual...*, pp.150-151.

¹⁹⁸⁵ Robert Alexy, *Theorie...*, p.430: “*Es [“das Spektrum des Bezeichneten” de “Rechte auf Organisation und Verfahren”] reicht von Rechten auf effektiven Rechtsschutz, die niemand zögern wird, “Rechte auf Verfahren” zu nennen, bis zu solchen Rechten auf ‘staatliche Maßnahmen ... organisatorischer Art’.*”

de mérito, ainda que negativo. E não se pode dizer, em casos de improcedência ou denegação meritória, estar exclusivamente em movimento uma “garantia” da pessoa, porque a rigor nada lhe foi garantido que não o próprio conteúdo do seu direito processual: o *acesso aos tribunais* (no caso do direito de demanda) e o *acesso à jurisdição de mérito* (no caso do direito de ação). Há, pois, garantia e direito na cláusula do devido processo legal formal¹⁹⁸⁶.

Nada obsta, a propósito, que um direito humano fundamental — inclusive os de índole *material* — seja também considerado uma “garantia”. Assim, p.ex., JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS consideram, sob a égide da CRP de 1976, que o direito à vida é a um tempo *direito, liberdade e garantia*¹⁹⁸⁷. É o que se passa com o devido processo legal formal. A sua *ontologia poliédrica* tem sido, aliás, ponto de pacífico reconhecimento na doutrina universal. Ao afirmar que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos *fins* do Estado moderno, COUTURE¹⁹⁸⁸ realçou, acerca do acesso à jurisdição — uma das vigas mestras do “*procedural due process*” —, aquela precisa natureza poliédrica: para o Estado constitucional, trata-se de uma *função*; para o Estado-juiz, trata-se de um *dever* (de prover jurisdição); e, para os indivíduos, trata-se de um *direito* (ou, diremos nós, um *direito-garantia*). Nesse passo, disséramos há pouco que tanto CANOTILHO, em Portugal, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, no Brasil, compreendem que não apenas o “*due process of law*”, mas *todas* as garantias constitucionais são, a um tempo, garantias e direitos (embora em uma acepção mais instrumental). Na mesma linha, e com maior convergência (porque consegue alinhar melhor a *instrumentalidade* da garantia com a *abstração* do direito), VARELA¹⁹⁸⁹ pontifica

¹⁹⁸⁶ No Brasil, em sentido semelhante (mas “*en passant*” e com abordagem centrada no processo penal), v. Luiz Flávio Gomes, “Estado constitucional e democrático de Direito e o devido processo criminal”, in *Teoria do Processo...*, pp.507-540 (especialmente pp.534-535). In verbis: “Do ponto de vista privado ou individual, pode-se afirmar que o princípio do devido processo [formal], agora entendido como procedimento dotado de regras formais elaboradas com razoabilidade, representa para toda pessoa um direito (público subjetivo); já do ponto de vista público (objetivo) impõe-se sublinhar que esse mesmo “justo processo” (substancial e procedimental) constitui uma garantia de relevância capital para a proteção dos direitos fundamentais, para a tutela das “partes” no processo, bem como para a própria legitimação do exercício da jurisdição no Estado constitucional e democrático de Direito” (p.534, com referência a ADA PELLEGRINI GRINOVER).

¹⁹⁸⁷ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.223.

¹⁹⁸⁸ Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p.39.

¹⁹⁸⁹ Varela, *Fundamentos...*, pp.87-88.

que o *processo* constitui, por um lado, a *garantia constitucional* de que o Estado imporá, pela jurisdição, a observância do direito objetivo e a satisfação dos direitos subjetivos, quando esses restarem ameaçados ou violados e não se puderem concretizar sem que as pessoas interessadas recorram ao Estado-juiz, observadas certas atividades e formas preordenadas pelo direito processual; mas, de outro lado, essa garantia perfaz também um *direito instrumental e formal*, que certamente não é um fim em si mesmo (= instrumentalidade do processo), mas tampouco se confunde com as próprias pretensões materiais perseguidas (= abstração da ação), sendo antes uma “*forma para se obter do Estado o gozo dos direitos humanos*” (e, é claro, dos demais que deles decorrem: direitos obrigacionais, reais, sucessórios, administrativos etc.), que preexiste às pretensões materiais e subsiste mesmo na ausência de direitos subjetivos. Na França e na Espanha, respectivamente, DELMAS-MARTY e PEREZ LUÑO aludem às *garantias* constitucionais, mas delas derivam uma série de *direitos fundamentais* (ação, defesa, publicidade, duração razoável, juiz natural, assistência judiciária etc.), a demonstrar a incindibilidade das duas categorias no contexto do “*proceso debido*” ou do “*procès équitable*” (= “*procedural due process*”) ¹⁹⁹⁰. Enfim, na doutrina alemã, ALEXY e EPPING — e com eles a maioria — seguem o mesmo padrão. ALEXY discrimina os *direitos gerais à proteção* (“*Rechte auf Schutz*”), que têm uma dimensão material (e.g., a proteção do Estado contra homicídios ou contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear), mas também uma dimensão processual (“*Schutz durch [...] Normen des Verfahrensrechts*”), evidenciando que os *instrumentos de proteção*, inclusive os processuais, consubstanciam também direitos fundamentais (e não apenas garantias) ¹⁹⁹¹. EPPING, por sua vez, designa os direitos fundamentais ligados à Justiça (“*Justizgrundrechte*”) — a exemplo do direito à proteção judiciária, ao juiz natural e à “*rechtliches Gehör*” — como *garantias* do cidadão (“*Justizielle Gewährleistung*”), admitindo implicitamente a dupla natureza ¹⁹⁹².

¹⁹⁹⁰ Cf. Perez Luño, *Los Derechos...*, pp.80 e ss.; Delmas-Marty *et al.*, *Libertés...*, pp.20-21.

¹⁹⁹¹ Robert Alexy, *Theorie...*, p.410.

¹⁹⁹² Volker Epping, Sebastian Lenz, Philipp Leydecker, *Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, Springer, 2005, pp.358 e ss.

III. Daí porque compreendemos, afinal, que o “*procedural due process*” é, a um tempo, direito fundamental e garantia constitucional — ou, mais exatamente, um complexo normativo de direitos fundamentais e garantias constitucionais de índole adjetiva —, vazado em norma constitucional (explícita¹⁹⁹³ ou adscrita¹⁹⁹⁴) com natureza de princípio. Já o “*substantive due process*” não é, como vimos (tópico 12.2, n. IV), propriamente um “direito” autônomo, mas um complexo normativo trifrontal (*garantia do conteúdo essencial + devida proporcionalidade + capacidade de aprendizagem*) que basicamente limita a potestade pública em relação aos direitos humanos fundamentais, no excesso e/ou na insuficiência, a partir de referenciais imanentes e dialógicos; logo, é basicamente uma *garantia constitucional* (PEREZ LUÑO diz, quanto à “*Wesensgehaltgarantie*”, ser uma das mais notáveis “garantias normativas” constitucionais¹⁹⁹⁵).

Por conseguinte, quando pensamos no *dispositivo* globalmente considerado (i.e., na “*due process clause*”), que reúne ambas as dimensões do devido processo legal, haveremos de também aí reconhecer a *natureza dúplice*, com duas partes de garantia (de índole *material*, no “*substantive due process*”, e de índole *processual*, no “*procedural due process*”) e uma parte de iniludíveis direitos constitucionais processuais autonomizados (no âmbito do “*procedural due process*”). É como o compreendemos e como o temos identificado durante todo o desenvolvimento deste estudo.

Ao mais, e à vista da incerteza conceitual em que está imersa a própria “*communis opinio doctorum*”, arremate-se dizendo que, hoje em dia, tomar o devido processo legal (ou

¹⁹⁹³ Como nos casos norte-americano e brasileiro, em que está consagrada textualmente a cláusula geral mais abrangente (o “devido processo legal”), e ainda em casos como o português, em que se reporta mais circunscritamente o “processo equitativo” (= devido processo formal) ou similar. V. §§ 19º e 20º e tópico 16.1, n. II.

¹⁹⁹⁴ Norma adscrita de que podem decorrer diversos “direitos fundamentais sem assento [formal] constitucional”, ou “materialmente constitucionais”, na dicção de CANOTILHO (*Direito Constitucional...*, p.379); alguns, inclusive, positivados em lei ordinária. É o que se dá nos casos francês e alemão, em que os textos constitucionais apenas referem algumas das manifestações do devido processo formal (e.g., a “*rechtliches Gehör*” do artigo 103, 1, da GG), sem positivar uma cláusula geral, ou quando nem mesmo isso se dá (na hipótese francesa, só se pode reconhecer alguma positividade a direitos constitucionais processuais específicos a partir da referência preambular à Declaração de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946). V. tópico 10.2.

¹⁹⁹⁵ Perez Luño, *Los Derechos...*, p.77. A garantia de conteúdo essencial consta do artigo 53, 1, da Constituição espanhola.

cada uma de suas dimensões) como “direito” ou “garantia” não é mais que uma filigrana acadêmica. Seja direito ou garantia, às emanções da “*due process clause*” estarão sempre associados os atributos próprios do *regime jurídico jufundamental*, que toda a doutrina constitucional — ou mesmo o próprio texto constitucional (no caso português e, em parte, no brasileiro) — reserva indistintamente a direitos, liberdades e garantias fundamentais: **(a)** a regência geral pelos princípios da universalidade e da igualdade; **(b)** a interpretação/integração/aplicação em harmonia com a DUDH; **(c)** a aplicabilidade imediata (excetuadas as ressalvas da própria Constituição); **(d)** a vinculação de entidades públicas e privadas (= eficácia vertical e horizontal); **(e)** a sujeição das possíveis restrições legais a parâmetros de extrema excepcionalidade; **(f)** a intangibilidade seletiva em estado de sítio ou emergência (v. artigo 19º, 6, da CRP e artigo da CRFB); e **(g)** a sujeição à reserva parlamentar de competência legislativa¹⁹⁹⁶.

Sendo, pois, o “*procedural due process*” um complexo normativo de direitos fundamentais e garantias constitucionais de índole adjetiva, é em relação a ele — ou, mais corretamente, em relação a cada uma de suas manifestações específicas — que se deve investigar o respectivo *conteúdo essencial* ou *irredutível* (“*Wesenskern*”). Afinal, a ideia de conteúdo essencial associa-se àquela de *direito fundamental* (v., e.g., o artigo 19, 2, da GG, que relaciona a expressão “*seinem Wesensgehalt*” ao substantivo “*Grundrecht*”)¹⁹⁹⁷, não se cogitando de conteúdo essencial se não há “direito”, mas mera garantia instrumental de direito, sem conteúdo deontológico próprio. Aliás, as garantias são natural e essencialmente *insuprimíveis*, exceto nas hipóteses de expressão autorização por norma-regra constitucional (e.g., no Brasil, as garantias), ou não seriam garantias; daí ser baldio nelas perquirir um “conteúdo essencial”. Qual seria, p.ex., o “conteúdo essencial” do *habeas corpus*? A garantia pode ser limitada por juízos concretos de proporcionalidade? Parece claro que não. Eventualmente, restará suspensão, sob circunstâncias excepcionais, em função de poderes delegados por decisão soberana do poder constituinte originário (como se deu no Brasil, durante a ordem constitucional anterior, “*ex vi*” do artigo 156, §6º, da

¹⁹⁹⁶ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.223.

¹⁹⁹⁷ Já o artigo 18º, 3, da CRP associa a garantia de conteúdo mínimo a “preceitos constitucionais” de modo indistinto, aparentemente alcançando tanto os direitos e liberdades como as próprias garantias.

Constituição de 1967/1969, com a redação da EC n. 11/1978¹⁹⁹⁸ — e, diga-se, tal “delegação” a qualquer dos poderes jamais será um bom sinal). Mas, ainda assim, não admitirá juízos de proporcionalidade. E, reversamente, se certa norma jusfundamental admite a discussão de seus limites dialógicos (= proporcionalidade), é porque expressa *direito fundamental* e não garantia; ou, ao menos, porque expressa situação jurídica bifronte (os “direitos-garantias”), como se dá com o próprio “*procedural due process*”. É o que ocorre, p.ex., com os direitos-garantias de sigilo telefônico, telegráfico telemático e epistolar (no Brasil, cf. o artigo 5º, XII — enunciação — e os artigos 136, §1º, I, “a” e “b”, e 139, II — restrições em caso de estado de defesa e estado de sítio). Em geral, os *remédios-garantias* têm exclusiva natureza de garantia (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção etc.); mas sequer esse padrão é absoluto (veja-se, e.g., o “*substantive due process*”, que não perfaz remédio constitucional e no entanto é puramente garantia).

O problema do núcleo irreduzível perde sentido, assim, quando se toma em consideração o “*substantive due process*”, já que a dimensão material da “*due process clause*” não engendra direito fundamental autônomo, mas apenas a *garantia material* de indenidade mínima, proporcionalidade e aprendizagem. Aliás, como já mencionado (tópico 12.2), a garantia de conteúdo essencial (“*Wesensgehaltgarantie*”) perfaz, por si mesma, um dos *limites* ínsitos à garantia geral do “*substantive due process*” (= limite imanente); logo, não é sequer compreensível que se pretenda perquirir o conteúdo irreduzível da garantia de conteúdo irreduzível...

Assim, feitas as postulações do n. I, exsurge claro que **a questão da garantia de conteúdo essencial é uma questão afeta ao “*procedural due process*” e tão somente a ele.** Mas, sendo assim, como poderíamos determiná-la?

¹⁹⁹⁸ Nesse caso, a Constituição autorizava o Congresso Nacional, na vigência de estado de sítio, a suspender “*outras garantias constitucionais*” mediante lei. Delegava-se, pois, a suspensão das demais garantias (inclusive o *habeas corpus*) à apreciação do legislador histórico. Antes disso, porém, e ainda mais discutivelmente, o Ato Institucional n. 05, de 13.12.1968, houvera determinado concretamente, em seu artigo 10, que “[f]ica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

A determinação desses conteúdos mínimos, como antecipamos, há de ser feita para cada emanção específica da garantia: a efetividade da jurisdição, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade, a duração razoável etc. No entanto, pode-se principiar a investigação com uma análise mais panorâmica. É o que faremos por agora, seguindo, no §26º, com a identificação dos prováveis *conteúdos essenciais em cada uma das principais concreções do devido processo legal formal ou procedimental*.

IV. Explicitamos (tópicos 12.2, n. II, e 15.2) a que correntes nos filiamos quando tratamos da garantia de conteúdo essencial: perfilhamos a respeito um ponto de vista **absoluto-subjetivo**; e a **autonomizamos**, ademais, das dimensões semânticas próprias do princípio da proporcionalidade (divergindo, no particular, de ALEXY). Distinguíamos, então, entre os *limites dialógicos* (ligados aos juízos concretos de proporcionalidade) e os *limites imanentes* (ligados à “*Wesenskern*”) às restrições de direitos fundamentais, que afinal definem funcionalmente, ao lado da capacidade de aprendizagem das normas constitucionais, o nosso “*substantive due process*”. Em prol da autonomização conceitual, evocávamos ainda o artigo II-112º, 1, da superada Constituição europeia, que textualmente discrepou, em orações diversas, o respeito ao “conteúdo essencial de direitos e liberdades” (sem referir — muito apropriadamente — as *garantias*, já que a própria “*Wesensgehaltgarantie*” é por si mesma uma garantia material pura), na primeira parte do dispositivo, e o princípio da proporcionalidade, na sua segunda parte. Ou seja: as restrições legais a direito e liberdades fundamentais, que só podem ser introduzidas de modo proporcional (necessidade + adequação + proporcionalidade em sentido estrito), devem de toda sorte respeitar os respectivos conteúdos essenciais. Ou se entende assim, ou se conclui, contra a boa hermenêutica, que o tratado utilizava dois preceitos sintaticamente bem extremados para dizer, na esfera semântica, uma única e mesma coisa...

.Quanto à proporcionalidade, outrossim, discutimos a fundo a sua operacionalidade no tópico 14.1, bem como a ilustramos, ao tratar do pensamento jurídico aplicado na pós-modernidade (tópico 23.1, n. III), com um juízo concreto de proporcionalidade em tema de tutela sumária de mérito, envolvendo o princípio dispositivo (= inflexão) e o direito ao procedimento. Agora, importa focalizar tão só a “*Wesensgehaltgarantie*” e descobrir, em

termos mais pragmáticos, como operacionalizar o conceito em ambiente forense (campo do discurso). Vejamos.

Pode-se desde logo assertar, com o Tribunal Constitucional espanhol (08.04.1981), que há dois “métodos” ou perspectivas para a identificação da “*Wesenskern*” em relação a cada direito humano fundamental circunstanciado (e, portanto, em relação a cada manifestação específica do “*procedural due process*”). O primeiro perquire a **natureza jurídica primitiva de cada direito fundamental**, considerando-a preexistente ao momento legislativo ou judicial, porque assentada diretamente na ordem jurídico-constitucional: é a “*recognoscibilidad de [...] tipo abstracto en la regulación concreta*” (correspondendo ao ponto de vista absoluto-subjetivo que acolhemos), a partir da qual o intérprete pode responder se a restrição legal ou judicial, tal como proposta ou consumada, ajusta-se ou não ao que “*generalmente se entiende por un derecho de tal tipo*”. O segundo perquire a **funcionalidade dos interesses juridicamente protegidos**, de modo que se malfere o conteúdo essencial quando “*lo derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o do despojan de la necesaria protección*”. Ambos complementam-se, devendo ser manejados conjuntamente.

Arrancando desses dois métodos, PEREZ LUÑO oferece ainda duas interessantes perspectivas adicionais para a demarcação dos núcleos irredutíveis: **(a) a perspectiva internacional** — que o autor associa, quiçá com algum exagero, à “teoria jusnaturalista crítica” (HART ELY, HÄBERLE), e que deriva, no caso espanhol, do artigo 10, 2, da CE (como deriva do artigo 16º, 1, da CRP e do artigo 5º, §2º, da CRFB) —, a permitir a ampliação do *background* de dados significativos para aquela delimitação jusfundamental, apelando à consciência histórica dos povos, à razão prática universal e aos parâmetros juspositivos acolhidos pela comunidade internacional (por essa perspectiva, podem-se identificar núcleos duros a partir do “*minimum minimorum*” ditado pela DUDH e, sucessivamente, pelo PIDCP, pelo PIDESC, pelas declarações regionais de direitos

humanos etc.¹⁹⁹⁹); e (b) a **perspectiva institucional** (preferível à positivista, centrada na tutela da autonomia privada, e à axiológica, de tendência jusnaturalista), pela qual

“a proteção do conteúdo essencial deve entender-se como uma garantia institucional que faz referência aos **fins objetivamente estabelecidos pela Constituição**, e em função dos quais, precisamente, se reconhecem os direitos e liberdades fundamentais. Em suma, a *Wesensgehaltgarantie* (garantia de conteúdo essencial) refere-se à **obrigação do legislador de salvaguardar a instituição, definida pelo conjunto da normativa constitucional e das condições histórico-sociais que formam o contexto dos direitos e liberdades**”²⁰⁰⁰.

Disso não discrepa a doutrina portuguesa. Acedendo a essa configuração mais concreta (que passa pela visão sistêmica da Constituição, pelo sentido de funcionalidade do direito, pela experiência dos tribunais e pelo contexto normativo internacional), JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²⁰⁰¹ bem situam a necessidade de se pensar a garantia de conteúdo essencial

“através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da experiência jurisprudencial, da protecção penal, e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitetura da Constituição. Pode, acaso, a lei não retirar toda a utilidade do direito e, não obstante, afectar o seu conteúdo essencial, por subverter ou inverter o valor constitucional. [...] O conteúdo essencial tem de se radicar na Constituição e não na lei — porque (nunca é de mais lembrar) é a lei que deve ser interpretada de acordo com a Constituição, e não a Constituição de acordo com a lei. Só assim pode funcionar como limite à variação conjuntural dos interesses assumidos pelo legislador”.

Por seu turno, VIEIRA DE ANDRADE²⁰⁰² propõe indagar, em cada situação problemática, se o programa normativo do preceito em causa inclui (ou não) certo aspecto ou modo de exercício, i.e., até onde vai o domínio de protecção da norma: se em um caso hipotético ou concreto põe-se em causa o conteúdo essencial de outro direito, ou — o que é o mesmo — “*quando se atingem intoleravelmente valores comunitários básicos ou princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar para o intérprete a*

¹⁹⁹⁹ Onde a importância, a esta altura, dos estudos feitos no tópico 10.4.

²⁰⁰⁰ Perez Luño, *Los Derechos...*, pp.78-79 (g.n.).

²⁰⁰¹ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.163.

²⁰⁰² Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp.294-298.

convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe”²⁰⁰³. Seus exemplos são, a propósito, mais do que eloquentes (demonstrando situações que não demandam cotejos concretos com outros direitos fundamentais e, por isso, são “absolutos”, não se resolvendo pelo princípio da proporcionalidade: definem-se tão só pelos *limites imanes* do “*substantive due process*”, não pelos seus limites dialógicos): a liberdade religiosa não autoriza sacrifícios humanos, nem a possibilidade concreta de poligamia ou poliandria (e, nesse encalço, o cotejo casuístico com os tipos penais constitucionalmente recepcionados geralmente subministra excelentes pistas acerca dos limites imanes da “*Wesenskern*”²⁰⁰⁴); a liberdade artística não autoriza a morte de um ator no palco, o furto de material de pintura ou anomalias mais contemporâneas como os “*snuff movies*”²⁰⁰⁵; o direito fundamental à propriedade não permite ao cidadão optar por não pagar impostos; o direito de educar os filhos não legitima o seu espancamento; a liberdade de reunião não autoriza a invasão de prédio alheio sem autorização; o direito social à greve não autoriza a sabotagem ou a depredação; e assim sucessivamente.

²⁰⁰³ Observe-se que a ideia de “ferimento intolerável de valores comunitários básicos” converge precisamente para a razão prática universal ínsita à perspectiva internacional de PEREZ LUÑO. Outro modo igualmente útil de descrevê-la é pela “cláusula de comunidade” (“*Gemeinschaftsklausel*”), i.e., como “**exigências mínimas da vida em sociedade**” (sob a crítica de OTTO BACHOF). Evidentemente, esses patamares definem-se, para além do óbvio (ínsito aos exemplos subsequentes de VIEIRA DE ANDRADE), de modo *casuístico*, consolidando-se pela *jurisprudência constitucional* — o que, diga-se, está plenamente justificado e em nada desmerece a integridade das teses até aqui defendidas, seja pela adoção de um ponto de vista absoluto-**subjetivo** para a garantia de conteúdo essencial, seja pelo reconhecimento do *papel construtivo* do juiz pós-moderno (notadamente dos tribunais constitucionais).

²⁰⁰⁴ Assim, ainda que em um contexto religioso, o sacrifício humano configuraria crime de homicídio (no Brasil, artigo 121 do CP) e a multiplicidade de núpcias configuraria crime de poligamia (no Brasil, artigo 235 do CP), independentemente de qualquer ponderação ou sopesamento.

²⁰⁰⁵ Confira-se a nota anterior. De acordo com a *Wikipedia*, “[a] *snuff film* is a motion picture genre that depicts the actual death or murder of a person or people, without the aid of special effects, for the express purpose of distribution and entertainment or financial exploitation. The existence of for-profit snuff films is generally considered an urban legend. Some filmed records of executions and murders exist but have not been made or released for commercial purposes” (disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/Snuff_film, acesso em 08.12.2011). Há, porém, notícias recorrentes de “*semi-snuff movies*”, nos quais atores e atrizes são consensualmente submetidos a situações extremas que envolvem vômitos compulsivos, privações de sentidos e até mesmo autolesões leves, à míngua de qualquer intervenção da autoridade pública. No Brasil, há alguns anos, certo *reality show* noturno exibido pela principal emissora de televisão do país levou participantes a ingerirem, por dinheiro, um “coquetel” à base de vermes e baratas — o que leva igualmente a indagar se a livre iniciativa, a liberdade artística e de expressão, o direito à diversão pública e a proibição de censuras prévias não foram levados, nesse caso, a um ponto além da fronteira constitucional da “*Wesenskern*” da dignidade humana (em qualquer uma de suas várias manifestações: direito à integridade psicossomática, direito à imagem, direito à honra etc.). De nossa parte, parecia-nos que sim. Por isso, aliás, as teorias positivistas em torno da garantia de conteúdo essencial, que se baseiam tão somente na tutela da vontade ou da autonomia privada em face de possíveis intromissões do Estado, são *insuficientes* para a efetividade dessa garantia constitucional (v. Perez Luño, *Los Derechos...*, p.78).

Antecipando o §26º, já se percebe que os mesmos raciocínios podem se aplicar perfeitamente à seara processual: o direito fundamental à propriedade não chancela ao cidadão o “direito” de se negar a pagar dívida consolidada em título executivo judicial (do contrário, estaria malferido o conteúdo essencial do direito à efetividade da jurisdição, que se tornaria inócua); a liberdade ambulatorial não permite ao sujeito que se esquive dos deveres gerais de cooperação e dos próprios poderes do juiz no processo, negando-se a comparecer em audiência como testemunha, a pretexto de não se obrigar a estar onde não deseja (do contrário, estaria malferido o conteúdo essencial do direito à prova — e, por extensão, arranhado o próprio direito de ação —, no que atine às provas testemunhais); ou, ainda, o direito à intimidade e à vida privada do autor não lhe faculta circunscrever ao juiz o conhecimento das peças e provas documentais que produzir nos autos, ocultando-as do réu (do contrário, estaria malferido o conteúdo essencial do direito ao contraditório).

Eis, pois, como afinal se pode delinear, para abordagens processuais específicas, a garantia de conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais. Assim, passemos-la uma derradeira vez em revista, dos fundamentos teóricos às configurações finais, para adiante aplicá-la às hipóteses forenses mais relevantes.

V. Constitucionalmente possíveis, as *restrições* a direitos fundamentais são, a um tempo, restrições aos *bens* protegidos por direitos fundamentais (liberdades, situações ou posições de direito ordinário) e restrições às *posições “prima facie”* garantidas pelos princípios jusfundamentais. Na conhecida construção de ALEXY, as restrições na verdade são “normas” que restringem posições jusfundamentais “*prima facie*”²⁰⁰⁶, exatamente porque consubstanciam a expressão concreta da ordem jurídica que para o caso se obtém a partir das fontes formais. Mas só podem sê-lo se forem *compatíveis* com a Constituição; então, restrições constitucionalmente desconformes podem sê-lo *de fato*, mas jamais *de direito*. Assim, p.ex., a norma-regra que impõe ao motociclista o uso do capacete, porque constitucionalmente conforme, é uma *restrição* à sua liberdade geral de ação (que “*prima facie*” permitiria a condução da motocicleta, no que diz consigo mesmo, como conviesse ao

²⁰⁰⁶ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.254 e ss. *In verbis*: “[...] *Grundrechtsschranken sind Normen, die grundrechtliche prima facie-Positionen einschränken*” (p.254 [g.n.]).

condutor). Mesma compreensão cabe e convém à esfera processual: a norma-regra que impõe à parte apresentar rol escrito de testemunhas em certo prazo restringe o seu direito à prova (que “*prima facie*” permitiria apresentar a testemunha a qualquer tempo, antes de encerrada a instrução processual)²⁰⁰⁷. E, da mesma maneira, também normas-princípios podem impor restrições a bens jurídicos e a posições jusfundamentais “*prima facie*” (mas, nesse caso, estaremos dentro do universo dos juízos concretos de proporcionalidade). Há, ademais, restrições textualmente acometidas ao legislador ordinário (por meio de cláusulas de reserva que perfazem normas de competência, como a do artigo 7º, XIII, da CRFB, quanto à modulação legislativa da liberdade de trabalho, profissão e ofício), ditas *restrições indiretamente constitucionais* (“*Verfassungsmittelbare Schranken*”); como também há *restrições diretamente constitucionais* (“*Verfassungsunmittelbare Schranken*”), a exemplo da que decorre da parte final do artigo 2º, 1, da GG: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é a todos assegurado, sempre que não vulnere a “lei moral” (“*das Sittengesetz*”). A “lei moral” — ou “moral pública”²⁰⁰⁸ — não pode ser intermediada por normas infraconstitucionais, precisamente porque representa um universo pressuposto de elementos extrassistemáticos (aquele mesmo que informou, na origem, a inspiração primígena do constituinte histórico na dicção dos dispositivos jusfundamentais). No limite, aos tribunais caberá verificar, à vista das circunstâncias prefiguradas ou configuradas, se o direito fundamental em questão foi exercido pelo sujeito de modo a atentar contra a lei moral. Di-lo-ão subjetivamente, é verdade; mas *em termos absolutos*.

Por “termos absolutos” queremos significar, nessa e em outras hipóteses, restrições admissíveis (ou não) em condições de pura *imanência* normativa, independentemente de abordagens dialógico-relacionais (o que tira de foco os juízos de proporcionalidade). Estamos, pois, no campo das *restrições gerais às restrições jusfundamentais* (“*Schrankenschränke*”), a que corresponde a garantia constitucional de conteúdo essencial. Tais restrições têm, é claro, uma função *afirmativa* muito evidente, robustecendo a aura de

²⁰⁰⁷ Essa distinção fica muito clara na comparação entre o processo civil e o processo laboral brasileiros: nas ações civis, exige-se o rol escrito, com a inicial e a contestação (artigos 276 e 278 do CPC), enquanto nas ações trabalhistas não se o exige, sendo da praxe e da lei que as partes simplesmente tragam suas testemunhas à audiência, independentemente de intimação (artigos 825, *caput*, e 852-H, §2º, da CLT), no quantitativo máximo legal.

²⁰⁰⁸ Essa foi a tradução escolhida por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (Robert Alexy, *Teoria...*, p.289).

indenidade dos direitos humanos fundamentais; mas, além dela, pode inclusive desempenhar funções *criativas* no terreno da jurisprudência constitucional, quando tomada na perspectiva conteudística logo abaixo discriminada. Daí entendermos, com HÄBERLE²⁰⁰⁹, que a significação teórico-jurídica da garantia de conteúdo essencial é *basicamente declarativa* (onde e quando houver uma interpretação constitucional consolidada e uma consciência geral das respectivas ligações teórico-constitucionais, a ponto de torná-la “complementar e supérflua” em vista dos princípios jusfundamentais positivados), mas *latentemente constitutiva* (onde e quando aquela consciência desvanecer e daí se instaurar, em prejuízo da segurança jurídica, conjunturas de crise semântico-constitucional).

Pois bem. A partir desses subsídios, e daqueles outros anteriores, terminamos por assentar que:

- (a) a garantia de conteúdo essencial (“*Wesensgehaltgarantie*”), explícita em algumas constituições (alemã, espanhola, portuguesa etc.) e implícita em outras (norte-americana, francesa, brasileira etc.), é conseqüência da “*due process clause*” (dimensão do “*substantive due process*”) e decorre da própria *função de imperativo de tutela* dos direitos humanos fundamentais, a proibir excessos e insuficiência;
- (b) a garantia de conteúdo essencial deve ser aferida atomicamente, considerando-se cada direito ou liberdade jusfundamental por si mesma;
- (c) operacionalizar a garantia de conteúdo essencial para direitos e liberdades específicas supõe o seu manejo eumático em dupla perspectiva: a *perspectiva formalística* e a *perspectiva conteudística*;
- (d) a *perspectiva formalística* corresponde à **função negativa do texto constitucional** (*supra*, tópico 12.2, n. II): nenhuma restrição jusfundamental, de índole legislativa ou judicial, pode conduzir ao *esvaziamento integral da*

²⁰⁰⁹ Häberle, *La garantía...*, pp.218-222.

literalidade do dispositivo, desconsiderando-se o texto como se inexistente fosse²⁰¹⁰;

(e) a *perspectiva conteudística* corresponde a quatro subperspectivas, a saber:

(e.1) a **perspectiva primígena** (i.e., perquirir o conteúdo histórico-comunitário que provavelmente inspirou o constituinte, reconhecido na sua mínima configuração possível, em um momento lógico *anterior* ao ordinário-legislativo ou judicial);

(e.2) a **perspectiva funcional** (i.e., rejeitar situações hipotéticas ou concretas que tornem o exercício do direito fundamental impraticável ou irrazoavelmente difícil);

(e.3) a **perspectiva institucional** (i.e., rejeitar situações hipotéticas ou concretas que liquidem a instituição a que está atrelado o direito fundamental ou, mais amplamente, as próprias finalidades constitucionalmente institucionalizadas²⁰¹¹); e

²⁰¹⁰ Assim, no caso brasileiro, uma interpretação que conduzisse, na prática, à admissibilidade processual apriorística de qualquer tipo de prova ilícita, independentemente de sopesamentos concretos (negando mínima literalidade ao que dispõe o artigo 5º, LVI, da CRFB).

²⁰¹¹ Como se percebe, essa perspectiva aproxima-se fortemente da ideia de “*Einrichtungsgarantien*”, que examinamos há pouco, e provavelmente está na própria origem do artigo 19, 2, da GG, como supõe HÄBERLE (*La garantía...*, p.221). Vimos, mais, que hoje já se entende estar toda “garantia institucional” ligada às próprias garantias pessoais de direitos humanos fundamentais; afinal, não há sentido útil em se pensar as instituições desataviadas do elemento humano a que devem servir. Assim, se é certo que a perspectiva institucional *crece em importância* na medida em que o direito fundamental cuja “*Wesenskern*” se perquire tenha mais forte inserção institucional (como ocorre com os direitos humanos ligados à família, à igreja, à universidade, ao serviço público etc.), é igualmente certo que a perspectiva institucional cabe, a rigor, *em qualquer abordagem jusfundamental*, hipotética ou concreta, porque os direitos fundamentais são, na linguagem de MAURICE HAURIOU, “*institutions-choses*” (em oposição às “*institutions-personnes*”: sindicatos, associações, Estado etc.). Com efeito, “[l]os derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos no sólo delimitan el status que al individuo corresponde dentro del Estado, sino que, más bien, se refieren al status que posee en las más diversas relaciones vitales. Los derechos fundamentales determinan no sólo la relación del ciudadano con el Estado, sino también la vida del ciudadano en las regulaciones objetivas de la Constitución. En ambos os casos, el derecho público subjetivo del individuo es agregado a una institución, a un instituto: a la “*institución de las instituciones*”, el Estado; y a las relaciones vitales jurídicamente conformadas, regulaciones objetivas” (Häberle, *La garantía...*, p. 112 [g.n.]).

(e.4) a **perspectiva internacional** (i.e., rejeitar situações hipotéticas ou concretas que estejam em desacordo com a mínima configuração comum que o direito encontrou na razão prática universal, tal como densificada em tratados e convenções internacionais de direitos humanos).

A partir desses lineamentos, passaremos agora a examinar os principais direitos constitucionais processuais especificamente considerados.

§26º. CONCREÇÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL OU PROCEDIMENTAL

26.1. O DIREITO À TUTELA JUDICIAL EFETIVA: ACESSO À JURISDIÇÃO E DIREITO À EXECUÇÃO

I. Com relação ao direito à tutela judicial efetiva, são bem poucos os tribunais constitucionais que lograram desenvolver o tema com o mesmo apuro, a minudência e inclusive o vanguardismo do Tribunal Constitucional espanhol. Por isso, no presente tópico consideraremos ampla e frequentemente a doutrina e a jurisprudência constitucional espanholas (particularmente quanto à efetividade jurisdicional executiva). À partida, CORDÓN MORENO²⁰¹² observa que o **direito à tutela judicial efetiva** é uma consequência natural da proibição geral de tutelas privadas e não se confunde nem com o direito a um “*proceso con todas las garantías*” (artigo 24º, 2, da CE), nem com a proibição de indefesa (artigo 24º, 1), tendo conteúdo próprio (STC 89/1985). Assiste-lhe inegável razão. Entendemos, no entanto, que a *Constitución española* consagra, em seu artigo 24º — n. 1 (ação, jurisdição efetiva, proibição de indefesa) e n. 2 (demais garantias) —, o chamado “*proceso debido*”, i.e., o “*procedural due process*”, de que a efetividade jurisdicional e todas as demais garantias processuais são manifestações diretas (ora escritas, ora implícitas). O devido processo formal funciona, portanto, como uma cláusula processual de

²⁰¹² Faustino Córdón Moreno, “*El derecho a obtener la tutela judicial efectiva*”, in *Derechos procesales...*, pp.219-222.

tipo “guarda-chuva”, abrindo-se ao cidadão em garantias processuais seriadas. A que agora se examina situa-se entre as mais relevantes; e, não obstante, foi negligenciada por décadas no Brasil.

Entende-se por **direito à tutela judicial efetiva**, em um sentido mais largo, o direito de acesso aos tribunais (demanda e recorribilidade), à jurisdição de mérito e à respectiva motivação, à própria imodificabilidade da decisão final (coisa julgada) e também à *execução/satisfação judicial*. Organiza-se, pois, sobre um tripé fundamental: **acesso, mérito e satisfação**. É essa a ampla acepção, p.ex., do artigo 20º da CRP (que, aliás, toca os pontos da celeridade e duração razoável, da prioridade e até da utilidade dos julgados, mas nada diz quanto à sua efetividade). Como, porém, discutiremos em apartado os aspectos da recorribilidade e da coisa julgada, com nomenclaturas e ocasiões próprias, e até mesmo para uma melhor precisão terminológica, consideraremos aqui basicamente o **direito de acesso à jurisdição**, pelo qual “*não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão*”²⁰¹³, e o **direito à efetividade jurisdicional em sentido estrito** (ou à **efetividade jurisdicional executiva**), i.e., o direito “*ao cumprimento do comando que a sentença contém, [...] a realização dos direitos reconhecidos na mesma*”²⁰¹⁴.

II. No que diz com o **acesso à jurisdição** (ou **inafastabilidade da jurisdição**, ou **acesso aos tribunais** em sentido lato), quaisquer elucubrações devem partir de sua compreensão basal: trata-se do *direito subjetivo público* de levar determinada pretensão

²⁰¹³ Nery Jr., *Princípios...*, p.129. Na sequência, o autor ilustra episódio da história brasileira em que esse direito fundamental foi violenta e inconstitucionalmente golpeado: durante o regime militar pós-64, o Ato Institucional n. 05/1968 (AI-5), já referido alhures (nota n. 1998), dispôs em seu artigo 11 que “[e]xcluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”, em flagrante violação ao artigo 150, §4º, da Constituição de 1967; adiante, a própria Emenda Constitucional n. 01/1969 estabeleceria, nos artigos 181 e 182 do texto constitucional então em vigor, afastarem-se da apreciação judicial todos os atos praticados pelo comando revolucionário de 31.03.1964, inclusive o AI-5. Como observa NERY, porém, suas normas eram inconstitucionais: “*outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição [o Presidente da República], estavam em contradição com normas constitucionais de grau superior (direitos e garantias individuais) e infringiam direito supralegal positivado no texto constitucional (direito de ação)*” (pp.131-132).

²⁰¹⁴ Córdón Moreno, “*El derecho...*”, p.221.

material resistida ao conhecimento de um órgão jurisdicional²⁰¹⁵ (independentemente de seu desfecho meritório). Em princípio, portanto, relaciona-se com o *direito de demanda* (no sentido de sua irrestringibilidade; é, na verdade, o seu espelho institucional), e só em um segundo momento com o *direito de ação* (= direito a um provimento de mérito). Pode episodicamente ser limitado por ato de vontade do poder constituinte originário (de modo direto ou por competência delegada), como se dá no Brasil, em relação à justiça desportiva (artigo 217, §1º, da CRFB; v. nota n. 1642). Ainda assim, porém, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁰¹⁶, a restrição há de ser *parcial* ou *condicional*, e jamais *total* ou *incondicional* (como ocorreu, ainda no Brasil, com os artigos 181 e 182 da Constituição de 1967/1969 — v. nota n. 2013), sob pena de malferimento ao conteúdo essencial do direito-garantia.

A garantia de acesso à jurisdição deve ser *ampla* e *plena*, malferindo-a aprioristicamente qualquer medida ou expediente que venha a postergar instrumentos de defesa de direitos e interesses legalmente protegidos de particulares (notadamente o direito de ação). Isso obviamente não impede que se estabeleçam legalmente prazos prescricionais e decadenciais para o exercício de pretensões materiais e de direitos subjetivos, porque tais prazos atendem a um outro valor constitucional (a saber, o da *segurança jurídica*; em Portugal, p.ex., vejam-se os acórdãos 242/2002 e 185/2004, todos do Tribunal Constitucional). Nada obstante, ainda assim há limites que operam para o legislador (outra

²⁰¹⁵ Cf., em Portugal, o Ac. TC n. 161/1993. MIRANDA e MEDEIROS observam que “**tutela jurisdicional não significa, na realidade, o mesmo que tutela judicial**”, de modo que a garantia estaria atendida mesmo se assegurado tão somente o acessos à *jurisdição administrativa*, sem possibilidade de revisão propriamente judicial (*Constituição*, t. I, p.186). Essa é, de fato, uma questão vital para diversas ordens jurídicas da Europa continental (e sem correspondência no Brasil), à vista da admissão de *tribunais administrativos*, com competências específicas, ao lado dos tribunais judiciais. O TEDH admite placidamente a coexistência de jurisdições, apenas exigindo que, tal como nos tribunais judiciais, perante os tribunais administrativos tramitem processos com *rigorosamente* todos os direitos e garantias processuais mínimos. Cf., e.g., X v. França, *Requête* n°18020/91, j. 31.03.1992 (tratava-se de cidadão francês soropositivo que reclamara da duração de seu processo perante tribunal administrativo, notadamente à vista de seu estado de saúde; a França foi condenada a indenizá-lo).

²⁰¹⁶ Assim, e.g., no contexto europeu da CEDH, “[t]oda a pessoa tem direito a um tribunal, independente e imparcial, estabelecido pela lei. [...] Esse direito de acesso não é absoluto; ele presta-se a limitações implicitamente admitidas, porquanto, pela sua própria natureza, apela a uma regulamentação pelo Estado [...]. Ao elaborarem tal regulamentação, os Estados contratantes gozam de uma certa margem de apreciação”, mas “[p]ertence ao Tribunal [TEDH] decidir, em último lugar, sobre o respeito das exigências da Convenção; o Tribunal deverá convencer-se de que **as limitações não restringem o acesso do indivíduo de uma maneira ou a um ponto tais que o direito se encontre atingido na sua substância**” (Cabral Barreto, *op.cit.*, p.150).

vez as “restrições das restrições”), ora pelos limites dialógicos (ligados aos juízos concretos de proporcionalidade), ora — mais raramente — pelos limites imanentes (ligados à “*Wesenskern*”). Quanto aos primeiros, “[o]s prazos para a propositura de uma acção [...] são inconstitucionais se, por serem desadequados ou desproporcionados, inviabilizarem ou dificultarem excessivamente o acesso aos tribunais”²⁰¹⁷, seja para o autor, seja para o réu. Exemplifica-se com o caso do assento português que estabeleceu contagem de prazo de caducidade para a resolução de contrato de arrendamento urbano a partir do conhecimento inicial, pelo locador, das transgressões contratuais do inquilino, fossem elas simples *ou continuadas* —impondo-lhe praticamente, na hipótese de continuidade, uma renúncia tácita “*ex lege*” quanto a eventos futuros, já que o prazo decadencial não se reiniciaria com os novos agravos (v. Ac. TC n. 299/1995, que diz inconstitucional o Assento de 03.07.1984). Sopesaram-se, na espécie, os interesses do locador (propriedade, acesso aos tribunais, ação) e os do locatário (habitação), ainda que no plano da abstração constitucional²⁰¹⁸. Quanto aos últimos (limites imanentes), imagine-se uma lei que viesse a considerar retroativamente prescritas todas as pretensões materiais relativas a certo interesse material desconhecido à altura: independentemente de quaisquer sopesamentos, resta indubitável a afetação da garantia de conteúdo essencial quanto ao direito de acesso à jurisdição, para quaisquer interesses que sejam (daí não ser sequer preciso identificá-los), e em caráter absoluto.

Discute-se, ademais, se há tal malferimento quando o acesso à jurisdição é *condicionado* pela exigência de tentativa prévia de conciliação extrajudicial. Em Portugal, o Tribunal Constitucional entendeu que *não* (Ac. TC n. 491/1997). No Brasil, em seara trabalhista, o STF entendeu mais recentemente que *sim* (e, a nosso ver, de modo mais adequado). No caso brasileiro, a Lei n. 9.958/2000 havia criado as comissões de

²⁰¹⁷ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.186.

²⁰¹⁸ Assim, considerou-se que “[a] indefensão que resulta da interpretação adoptada no Assento [o de n. 03/1984], e contrariamente ao entendimento ali perfilhado nos votos de vencido, traduz-se em violação do direito à tutela judicial efectiva por parte do locador sob o ponto de vista do direito de acção, violação essa que se suporta numa renúncia fictiva e antecipada do respectivo direito, acrescendo que o prazo resultante daquele entendimento se revela desproporcionado, sem razoabilidade e despojado de fundamento jurídico material, de conteúdo objectivo e constitucionalmente legítimo, como aliás veio a ser reconhecido pela Lei n.º 24/89” (g.n.); tudo isso, porém, somente após uma série de considerações acerca do “interesse privado” do locador e do interesse público que respeita à ordenada ocupação imobiliária, para adiante ainda refutar a tese da recorrente em torno do artigo 65º da CRP (= direito à habitação). Cf. TC, Proc. n. 351/87, rel. Cons. MONTEIRO DINIZ, j. 07.06.1995.

conciliação prévia, com representantes classistas de empregados e de empregadores, afetando-lhes a missão extrajudicial de “*tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho*” (artigo 625-A da CLT); e para isso declarou, em termos peremptórios, que “[q]ualquer demanda de natureza trabalhista **será submetida** à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria” (artigo 625-D da CLT [g.n.]). Logo, tornava-se aparentemente *obrigatória* a sujeição prévia dos dissídios individuais às aquelas comissões, se preexistentes na localidade. Levado, porém, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, cerrou-se o preceito por meio de interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a tentativa extrajudicial de conciliação jamais poderia ser entendida como “obrigatória”, sob pena de violação à garantia do art. 5º, XXXV, da CRFB (i.e., à garantia de acesso à jurisdição: cf. STF, ADI n. 2139/DF e ADI n. 2160/DF).

Para mais, no plano da profundidade, observe-se que a garantia de acesso aos tribunais não salvaguarda apenas *direitos subjetivos* em sentido clássico, mas também *interesses materiais judicialmente sindicáveis* — MIRANDA e MEDEIROS valem-se da expressão “*pretensões subjectivas defensáveis em tribunal*”²⁰¹⁹ —, como são os interesses individuais homogêneos (esses, na verdade, feixes de direitos subjetivos individuais), os interesses coletivos “*stricto sensu*” e os interesses difusos (quanto aos últimos, há debate e hesitação doutrinária quanto à possibilidade de tê-los ou não como “direitos”)²⁰²⁰. Por outro lado, tem-se entendido respeitada a garantia de acesso aos tribunais ainda quando alguns aspectos da situação fático-jurídica sindicada sejam considerados imunes à apreciação judicial, especialmente nos litígios com o poder público. Assim, p.ex., o *BVerfG* entendeu, em 1991, que os tribunais alemães têm plena legitimidade para decidir sobre *questões*

²⁰¹⁹ Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.187. Vale registrar que, em Portugal, a revisão constitucional de 1989 aduziu ao artigo 20º, 1, da CRP a possibilidade formal de tutela jurisdicional de “*interesses legítimos*”; e, talvez para perspectivá-los com doses maiores de positividade (e menores de socialidade), a revisão de 1997 substituiu aquela expressão pela atualmente em vigor, “*interesses legalmente protegidos*”. Delega-se, pois, ao *legislador ordinário*, ao menos em princípio, poderes discricionários para o recorte e a definição dos interesses sociais que, inconfiguráveis como direitos subjetivos na acepção clássica, possam ser perquiridos em juízo.

²⁰²⁰ No Brasil, a definição legal do que sejam interesses individuais homogêneos, interesses coletivos e interesses difusos consta do artigo 81, par. único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). O dispositivo hoje serve como referência conceitual para todo o vasto debate pós-moderno em torno dos interesses transindividuais e assemelhados, tanto na seara substantiva (bens, direitos e deveres, regime jurídico etc.) como na seara adjetiva (processo coletivo). V., *supra*, a nota n. 1080.

formais que interfiram com os concursos públicos (inclusive quanto a pressupostos formais de validade e possibilidades de candidatos arguirem objeções), mas não podem reavaliar *isoladamente* candidatos — conquanto se tratasse de provas públicas em Direito (“exames de Estado”) e se reconhecesse um “*princípio geral de avaliação pelo qual uma solução defensável e fundamentada com argumentos consistentes não pode ser julgada como falsa*”²⁰²¹ —, o que deveria competir unicamente à banca examinadora (*BVerfGE* 84, 34 — sobre o “*Gerichtliche Prüfungskontrolle*”).

Assim dito, passemos à efetividade da tutela jurisdicional em sentido estrito.

III. Todo o debate acerca da **efetividade jurisdicional executiva** se relaciona com a atual preocupação da doutrina em arrostar a “cultura da desobediência”, i.e., a “*atávica e endêmica resistência ao cumprimento das ordens judiciais*”, que em alguns cenários ganha modos de vezo cultural e passa a corroer, com o tempo, a legitimidade social dos sistemas judiciários. É que o Estado Democrático de Direito também reclama uma decisão judicial dotada de *credibilidade*, que não se obtém sem uma “*real aptidão a promover alterações no mundo empírico*”²⁰²². Do contrário, as decisões judiciais seriam “*meras declarações de intenções, sem alcance prático nem efetividade alguma*” (*SSTC* 152/1990, 153/1992).

Entre os seus consectários está, em primeiro lugar, o dever de o órgão jurisdicional empregar *todas as medidas necessárias e adequadas para prover a execução* ou, mais amplamente, *a satisfação* da pretensão material que o interessado deduziu e o Estado-juiz abrigou. “Necessário”, nessa ensanча, poderá inclusive significar lançar mão de *medidas enérgicas* para a superação das resistência do devedor ou de terceiros (observados, entretanto, dois limites precípuos: aqueles impostos pela própria *decisão judicial*

²⁰²¹ *In verbis*: “3. Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich für berufsbezogene Prüfungen der allgemeine Bewertungsgrundsatz, daß eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf”.

²⁰²² Luiz Rodrigues Wambier, “*Processo versus cultura da desobediência. A regra do art. 14 do CPC brasileiro*”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, TRT 9ª Reg., jul./dez 2004, n.53, pp.29-39 (especialmente p.29).

*exequenda*²⁰²³ e também os decorrentes da legalidade em sentido *material* — e não formal —, o que significa limitar as medidas de coerção, constrição ou adjudicação ao “*substantive due process*”, afastando-as quando afetarem o conteúdo essencial de outro direito fundamental ou quando forem concretamente desproporcionais²⁰²⁴). Assim é que, em 1992 (*Sentencia* n. 153), o Tribunal Constitucional espanhol pronunciou paradigmática decisão a respeito, de cujo extrato se pode atinar para os primeiros lineamentos do que seja a “*Wesenskern*” do direito em questão:

“1. Se reitera doctrina consolidada del Tribunal, según la cual **la ejecución de Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, **el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar** o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. 2. La imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la **adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios**. 3. No es cometido de este Tribunal la determinación de cuáles sean las decisiones que, en cada caso, hayan de adoptarse para la ejecución de la Sentencia, pero sí deberá vigilar, cuando de la reparación de eventuales **lesiones del derecho a la tutela judicial** se trate, que ésta **no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias** que aseguren la

²⁰²³ O que em geral decorre da própria lei em sentido formal, atenta a esse aspecto desde as fases de liquidação. Veja-se, no Brasil, o artigo 475-G do CPC (e, indiretamente, o seu artigo 739-a, §5º) e o artigo 879, §2º, da CLT.

²⁰²⁴ Cf., e.g., Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.645: “A *execução deve ceder perante certos direitos fundamentais do executado*”. O autor refere apenas soluções intermediadas pelo legislador (quanto ao direito à vida de residente portador de doença aguda, nos despejos e excussões judiciais imobiliárias, e quanto à inviolabilidade domiciliar, nos atos de apreensão de bens penhorados). É certo, porém, que também o *juiz* deverá atuar como agente concretizador, e com mesmos critérios (proporcionalidade, na esteira do “*substantive due process*”), na hipótese de colisões de direitos fundamentais não equacionadas previamente pelo legislador.

satisfacción de este derecho” (TC, *Sentencia* n. 153/1992, Sala Segunda, pon. d. CARLES VIVER PI-SUNYER, j. 19.10.1992, in BOE 17.11.1992 [g.n.]).

Mais do que isso, porém, deve-se ter em conta que, a partir da obtenção do título executivo definitivo (especialmente o judicial, porque assegura o atendimento de todas as garantias constitucionais processuais nas fases anteriores), engendra-se um verdadeiro realinhamento político-institucional “*pro executione*” — eis, afinal, o “*favor creditoris*”²⁰²⁵ —, a despeito dos preceitos legais que mandam proceder a execução do modo menos oneroso para o executado²⁰²⁶ (o que não é mais que positivar, em termos gerais, o subprincípio da *adequação*; logo, outra manifestação bem aparente do entroncamento entre o devido processo substantivo e o procedimental). Com a devida vênia ao pensamento contrário (*e.g.*, TEIXEIRA DE SOUSA²⁰²⁷), é mesmo do *interesse* do

²⁰²⁵ Cf., *e.g.*, Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.640-641.

²⁰²⁶ Como, *e.g.*, o artigo 620 do CPC brasileiro (“*Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor*”).

²⁰²⁷ Para o autor português — que reconhece, todavia, a contradição majoritária em doutrina (citando, na linha oposta, LEO ROSENBERG e ARWED BLOMEYER) —, os direitos e interesses movimentados em um processo de execução seriam essencialmente privados: “[a] *acção executiva pressupõe um direito de execução do património do devedor [...]. Mas este direito de execução não é distinto da pretensão do exequente, ou melhor, é apenas um poder resultante da incorporação da pretensão num título executivo, pois que é desta que resulta que o credor possui não só a faculdade de exigir a prestação, mas também a de executar, em caso de incumprimento, o património do devedor. Aquele título não transforma a pretensão exequente num direito de natureza pública contra o Estado, isto é, num direito do credor a exigir que o Estado realize, através de seus órgãos, a execução da prestação. O direito de execução não é um direito do credor contra o Estado, mas — o que é substancialmente diferente — um direito que não pode ser exercido sem o emprego dos meios coactivos do Estado*” (Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.626-627 e nota n. 10 da p.627 [g.n.]). Nessa vereda, termina por “assemelhar” execuções judiciais e jurisdição voluntária, pontuando que “[a]contece com esse direito de execução algo de semelhante ao que sucede com os direitos potestativos que só podem ser exercidos numa acção judicial: também estes direitos não deixam de ser, por esse motivo, direitos privados e não se transformam em direitos públicos contra o Estado” (p.629). A nosso ver, não há dúvidas de que os direitos materiais privados reconhecidos em sentença *remanescem privados*, não se apartando do correspondente regime jurídico-privado (exceto pelas suspensões de ordem pública, como frequentemente ocorre no âmbito do Direito do Trabalho); é o que autoriza, *p.ex.*, a negociação privada dos créditos exequendos (transações — *e.g.*, artigos 882º, 1, e 885º, 1, do CPC português —, dações em pagamento, cessões creditícias etc.) e, em alguns contextos, a própria “privatização” da execução (excetuados os atos de império). Isso não desfigura, porém, a natureza própria da *sentença judicial* obtida, que carrega “*pública potestas*” e por isso **vincula o Estado** — inclusive o Estado-administração (vejam-se, *e.g.*, os casos de requisição judicial de força policial para cumprimento de sentenças de reintegração de posse) — à consecução das pretensões materiais cujo incumprimento se entendeu ilegítimo e antijurídico. Há, pois, em paralelo ao direito privado, um direito subjetivo público do jurisdicionado à efetividade do “*decisum*”, exercitável *em face* do Estado. O que não significa que o Estado torne “seu” o direito privado alheio. Mas reconhece, àquele que obteve a jurisdição meritória positiva (ou o título executivo extrajudicial), o *direito fundamental* de ter a máquina estatal movimentada para que a sentença lhe confira, na realidade fenomênica, aquele bem da vida que os órgãos judiciais (ou as pessoas privadas, sob a forma cartular legal) — reconheceram e declararam devidos. Sem isso, não haverá realmente um direito à “tutela jurisdicional efetiva”

Estado, pelas suas próprias colunas de sustentação constitucional (como, *e.g.*, a *soberania*, que se articula como autonomia no plano externo e como *supremacia* ou “*imperium*” no plano interno²⁰²⁸), que as decisões judiciais tenham cumprimento; do contrário, o direito à tutela jurisdicional efetiva estaria completamente esvaziado. Mais que isso, aliás, a efetividade jurisdicional executiva é do *interesse público primário*²⁰²⁹, em um nível que absolutamente não se confunde com aquele dos direitos e interesses privados judicialmente chancelados, embora geralmente militem na mesma direção²⁰³⁰. E um tal predicado é especialmente importante no marco da tutela judicial dos direitos humanos, resultando daí, inclusive, a expressa menção no artigo 9º, 2, da *Declaração sobre os Defensores de Direitos Humanos* (v., *infra*, a nota n. 2114):

1. No exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nomeadamente na promoção e protecção dos direitos humanos enunciados na presente Declaração, todos têm o direito, individualmente e em associação com outros, de beneficiarem de recursos adequados e de serem protegidos na eventualidade de violação de tais direitos.

2. Para este fim, **todas as pessoas cujos direitos ou liberdades tenham alegadamente sido violados têm o direito**, pessoalmente ou através de representantes legalmente autorizados, de apresentar queixa e de que esta queixa seja rapidamente examinada em audiência pública perante uma autoridade judicial ou outra autoridade independente, imparcial e competente estabelecida por lei e de obter dessa autoridade uma decisão, em conformidade com a lei, que lhe atribua uma reparação, incluindo qualquer indenização que seja devida, caso a pessoa tenha sido vítima de uma violação dos seus direitos ou liberdades, e **garanta a execução da eventual decisão e o cumprimento da obrigação de reparar**, tudo isto sem demora indevida. [...]” (*g.n.*).

(v. artigo 20º da CRP), por comprometido precisamente o seu *conteúdo essencial*: jurisdição efetiva é acesso, mérito e satisfação (se devida).

²⁰²⁸ Cf. Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, trad. 2001, José Lión Depetre, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica/Facultad de Derecho/UNAM, 1998, pp.81-82; Paulo Bonavides, *Ciência política*, 10ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p.110. V. também Dallari, *Elementos...*, *passim*.

²⁰²⁹ Inclusive, com BROX e WALKER, à preservação da paz social (“*im Interesse des Rechtsfriedens*”). Cf. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 7. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1997, 2003, p.02. Cf. também, *supra*, a nota n. 1819.

²⁰³⁰ Em sentido semelhante, cf. Brox, Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, pp.02-04. *In verbis*: “*Dieser sog. Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat gehört zum öffentlichen Recht und ist von dem durchzusetzenden privatrechtlichen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner zu unterscheiden*” (p.02-03).

IV. A rigor, o direito à tutela judicial efetiva é em parte um *direito de liberdade* e em parte um *direito a prestação*, sujeito à configuração legislativa (e, veremos, esse padrão repete-se em outras manifestações do “*procedural due process*”). Como direito de acesso aos tribunais, é basicamente um *direito de liberdade*, exercitável diretamente a partir da Constituição (= direito de demanda). No entanto, como direito de ação (= direito ao pronunciamento judicial de mérito) e como direito de execução/satisfação, é mesmo um *direito prestacional*, cujo exercício está sujeito à concorrência das condições e dos pressupostos eleitos pelo legislador ordinário (STC 177/2003) — desde que, obviamente, respeite-se o “*substantive due process*”. Cabe, pois, ao legislador *configurar* a atividade processual e procedimental, ordenando legalmente o direito fundamental à satisfação das pretensões materiais²⁰³¹. Essa constatação permite antecipar que, em relação às condições de ação, aos pressupostos processuais, aos ritos, aos prazos e aos títulos executivos, por exemplo, a primazia regulatória cabe sempre ao *legislador*, cuja vontade histórica deve ser por princípio *acatada* nos tribunais. O juiz não detém legitimidade constitucional para simplesmente recusar um prazo, um rito ou um pressuposto, ou para “criar” pressupostos, ritos e títulos, por razões de conveniência e oportunidade. O “*procedural due process*”, nesse nível de conformação, é tal qual o desenha os parlamentos. Somente sob circunstâncias excepcionais — que, mais ou menos generalizáveis, *devem ser* concretamente enunciáveis em uma decisão judicial motivada —, poderá o juiz *inpletir* tais elementos formais, “*si et quando*” deparar-se com situações de excesso ou de insuficiência constitucionalmente depuráveis.

A **instrumentalidade processual**, de outro turno, é também ela um consectário inafastável do direito à tutela judicial efetiva. Sem a instrumentalidade, tanto o acesso aos tribunais, como o acesso à jurisdição meritória e o próprio acesso ao bem da vida conferido em sentença (= execução efetiva) restam comprometidos²⁰³². É o que se decidiu, p.ex., na STC 33/1990 (inclusive com relação a *prazos*). *In verbis*:

“1. El derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses

²⁰³¹ Córdón Moreno, “*El derecho...*”, p.222.

²⁰³² Cf. Córdón Moreno, “*El derecho...*”, p.229.

igualmente legítimos. 2. Puede admitirse que el incumplimiento del **requisito del plazo** para efectuar la solicitud de justicia gratuita ocasione, dentro de los límites de la proporcionalidad, la pérdida de tal beneficio en esa instancia. **No es posible**, en cambio, **considerar compatible con la tutela judicial efectiva sin indefensión el que dicha falta conlleve, no solamente la pérdida del citado beneficio, sino la caducidad del propio recurso de casación**, por el hecho de que el actor no formalizarse debidamente el recurso de casación dentro de plazo.

[...]

“En efecto, el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo que el recurrente no respetó. De esta forma, la Sala pudo denegar dicha solicitud por extemporaneidad, pero la falta de respuesta expresa, en tal sentido, contribuyó a crear una expectativa falsa en el recurrente que acarreó la propia caducidad del recurso. Esto es, puede admitirse que el incumplimiento del requisito del plazo para efectuar la solicitud de justicia gratuita ocasione, dentro de los límites de la proporcionalidad, la pérdida de tal beneficio en esa instancia. NO es posible, en cambio, considerar compatible con la tutela judicial efectiva sin indefensión el que dicha falta conlleve, no solamente la pérdida del citado beneficio, sino la caducidad del propio recurso de casación, por el hecho de que el actor no formalizarse debidamente el recurso de casación dentro de plazo. Y ello porque resultaba razonable que el actor confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso por Procurador de oficio o bien, en caso denegatorio, por uno de su libre designación. Dicha expectativa se vio frustrada porque la única respuesta del Tribunal fue la declaración de caducidad del recurso transcurrido ya el término del emplazamiento.

“Pero es que, además, la obligación de que la Sala otorgara un plazo para que el recurrente presentase el recurso por mediación de Procurador libremente designado venía doblemente impuesta. En efecto, no solamente como corolario natural a la denegación de nombramiento de Procurador de oficio por extemporaneidad en la solicitud de tal beneficio, sino porque el actor, en el último día del plazo, presentó el escrito en su propio nombre. **Constituía dicha falta procesal, una vez más, la omisión de un requisito** (la presentación del recurso de casación por medio de Procurador), **de naturaleza subsanable, que vedaba al Tribunal declarar sin más caducado el recurso por no haberse presentado en forma dentro de plazo.** [...] En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que Le confiere la

constitución de la Nación Española, ha decidido otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia: 1.º Anular el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1987 en el recurso de casación núm. 1644/87. 2.º **Reconocer al demandante de amparo el derecho a la tutela judicial efectiva** y, 3.º Restablecer al demandante en la integridad de dicho derecho y, a tal efecto, **retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de la admisión del recurso de casación**, para que resuelva la Sala sobre éste, **otorgando un plazo para la subsanación de los defectos inicialmente apreciados**” (TC, *Sentencia* n. 33/1990, Sala Segunda, pon. d. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, j. 26.02.1990, in BOE 22.03.1990 [g.n.]).

V. À vista das observações apresentadas, desdobram-se as seguintes afirmações:

- (a) o direito de demanda (= acesso aos tribunais), sendo um direito de liberdade, é constitucionalmente mais amplo e pleno que o direito de ação e o direito de execução/satisfação, esses fortemente circunscritos ao poder de conformação do legislador histórico;
- (b) por via de consequência, a jurisprudência criativa dos tribunais tem maiores espaços para a sua atividade construtiva no primeiro e possibilidades bem mais restritas nos dois outros;
- (c) os órgãos jurisdicionais não podem se abster de adotar as medidas necessárias para prover a execução, i.e., para garantir à pessoa o bem da vida que lhe foi juridicamente entregue em sentença, ou o seu equivalente;
- (d) os órgãos jurisdicionais não podem “desistir” de executar as decisões judiciais, mesmo se frustradas as primeiras tentativas, enquanto houver meios de execução *substitutivos* ou *subsidiários*, disponíveis e aptos a conferir efetividade ao comando sentencial; incumbe-lhes, pois, manejá-los de modo exauriente, seja a pedido do

credor, seja — quando possível — “*ex officio*” (a depender, aqui, da conformação legislativa para cada espécie processual²⁰³³);

(e) os tribunais “*ad quem*” não podem interferir na direção do processo executivo ou da fase de cumprimento da sentença, desde que o órgão “*a quo*” atue dentro de padrões razoáveis de legalidade e efetividade; ao revés, podem interferir quando o contexto litigioso evidenciar malferimento ao direito à tutela judicial efetiva, seja por decisões arbitrárias ou desproporcionais (= proibição de excesso), seja pela passividade ou demora excessiva em adotar as medidas necessárias (= proibição de insuficiência);

(f) os órgãos jurisdicionais têm o dever de rechaçar toda interpretação formalista e desproporcional de elementos procedimentais (ritos, prazos, formas, formalidades etc.) que os conduzam a negar acesso ou efetividade à jurisdição, adotando, ao revés, aquela que resulte mais favorável na perspectiva funcional do exercício do direito à tutela judicial (acesso, mérito e satisfação)²⁰³⁴;

(g) filigranas procedimentais não devem, por princípio, prejudicar a execução ou satisfação dos direitos reconhecidos em decisão judicial: o órgão judicial está obrigado a sanar — ou oportunizar que se sanem — os defeitos e as omissões

²⁰³³ No Brasil, p.ex., até 2005 a execução trabalhista era procedida de ofício (artigo 878 da CLT), como fase pós-sentencial, enquanto a execução civil consubstanciava um processo autônomo e reclamava o impulso do credor. A partir da Lei n. 11.232/2005, porém, com o “modelo sincrético” adotado (que já não distingue entre ação e execução — exceto para as execuções de títulos extrajudiciais, em que não há ação —, aduzindo ao procedimento ordinário uma fase de cumprimento da sentença), o juiz deve prosseguir *de ofício* com o cumprimento de sentença, mesmo no processo civil, objetivando a satisfação “espontânea” do direito (sob pena de multa de 10% sobre o importe exequendo, nas execuções por quantia certa: artigo 475-J, *caput*, do CPC). Somente mais tarde é que se exigirá o impulso do autor, para fins de penhora e avaliação de bens do devedor inadimplente (artigo 614 do CPC) — o que, ademais, segue desnecessário no processo trabalhista.

²⁰³⁴ Cf. STC 147/1997. In verbis: “*Debe tenerse en consideración lo afirmado por este Tribunal en la STC 33/1990, donde se dijo que “el derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos”. Esta doctrina, en consecuencia, obliga al órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación, en los términos anteriormente expresados, tal y como, por otro lado, dispone el art. 11.3 L.O.P.J. (SSTC 132/1987, 140/1987 y 95/1988, entre otras)”* (TC, Sentencia n. 147/1997, Sala Primera, pon. d. ENRIQUE RUIZ VADILLO, j. 16.09.1997, in BOE 16.10.1997 [g.n.]).

procedimentais que admitam reparo ou suprimento; a isso se tem denominado, na literatura jurídica espanhola, de “*constitucionalización de la subsanación procesal*”²⁰³⁵ (v. SSTC 33/1990, 193/1993, 147/1997).

Com esses elementos, cremos já ser possível enunciar, em derradeira aproximação, qual é o *núcleo essencial irredutível* do direito à tutela judicial efetiva, na perspectiva conteudística (porque na perspectiva formalística os limites dar-se-ão, em todos os casos, com a função negativa do texto constitucional, onde houver)²⁰³⁶. **A garantia de conteúdo essencial protege**, no que diz respeito àquele tripé fundamental (acesso, mérito, satisfação), **os seguintes conteúdos**:

(1) a existência mesma dos órgãos jurisdicionais (juízos e tribunais)²⁰³⁷;

(2) a inexistência de imunidades jurisdicionais plenárias, objetiva e subjetivamente²⁰³⁸;

(3) a natureza instrumental do processo²⁰³⁹;

²⁰³⁵ Cf. Cordon Moreno, “*El derecho...*”, p.229. V. nota anterior.

²⁰³⁶ Cf. a respeito, em acréscimo, Giovanni Verde, “*Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2000, n. 2, pp.299-317; e, para a perspectiva estadunidense, Robert Casad, “*Il concetto di jurisdiction in materia civile alla fine del ventesimo secolo*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1999, n. 4, pp.1050-1068.

²⁰³⁷ E, por consequência, a existência de um “poder judiciário”; ou, ao menos, de uma função judiciária autônoma. Já a *preexistência* de juízos e tribunais não diz com o núcleo duro do acesso à justiça, mas com a garantia do juiz natural.

²⁰³⁸ O que significa que nenhuma *matéria jurídica* pode estar *completamente imune* à apreciação dos tribunais (como se fez no Brasil, em 1968/1969, com os atos jurídicos e materiais decorrentes do AI-5 — *supra*, nota n. 2013), como tampouco nenhuma *pessoa* pode ser assim imunizada. Não são dessa natureza, porém, as imunidades parlamentares, porque não são *plenárias* (no Brasil, atêm-se às opiniões, palavras e votos dos parlamentares — o que, diga-se, atende bem aos princípios republicano e democrático — e, quanto ao mais, limita-se, para os parlamentares federais, à prerrogativa de foro e à eventual sustação temporária de processo-crime, com a correspondente suspensão da prescrição penal: v. artigo 53 da CRFB); e, logo, são constitucionais e não atentam contra o direito fundamental à tutela judicial efetiva. Em formas de governo monárquicas ou teocráticas, porém, hipóteses de “suprajudicialidade” do monarca ou equivalente malferem esse conteúdo essencial, se tais autoridades possuem imunidade jurisdicional plena e vitalícia. A propósito, não parece ser esse o caso, como se poderia supor — ao Autor pôs-se a dúvida —, da República Islâmica do Irã: conquanto o “Líder Supremo” esteja acima dos três poderes, modere-os e inclusive indique a “suprema autoridade judicial” (artigo 110, 6, 2), consta do artigo 107, “*in fine*”, da Constituição iraniana que “[t]he Leader is equal with the rest of the people of the country in the eyes of law”; além disso, pode ser inclusive destituído por desvios públicos de conduta.

(4) o *monopólio estatal das execuções dos julgados e a natureza pública da relação processual executiva*²⁰⁴⁰;

(5) a *dimensão empírico-pragmática da atividade jurisdicional*²⁰⁴¹.

No marco desses limites (imanentes), inexcedíveis que são, não há margem para quaisquer ponderações concretas. Não cabem inflexões quaisquer. Descer abaixo implica violação incontornável ao direito fundamental à tutela judicial efetiva, redundando na ilegitimidade constitucional da medida legislativa ou judiciária. Acima deles, ao revés, funcionarão os limites dialógicos (= proporcionalidade) do “*substantive due process*”.

2039 Como se viu alhures, especialmente durante a abordagem histórico-evolutiva (e, antes dela, no tópico 1.1, n. VI), a ideia de *instrumentalidade* é uma conquista relativamente recente da ciência processual. Mas acreditamos que, a exemplo de outras tantas, essa ideia, uma vez conquistada, adere irrevogavelmente ao núcleo duro do direito fundamental à tutela judicial efetiva. Fere de modo inapelável o conteúdo essencial daquele direito, portanto, qualquer reforma legislativa ou tendência hermenêutica que pretenda redirecionar o sistema para o culto ao rito, dos valores “intrínsecos” e “absolutos” do processo pelo processo (o que, aliás, afeiçoa-se mais a concepções teológicas do direito que à sua compleição profana).

²⁰⁴⁰ A obstar, portanto, reformas que pretendam “privatizar” completamente os procedimentos executivos e afins. No Brasil, quanto às *execuções penais e fiscais*, tem-se advogado a paulatina “desjudicialização” dos procedimentos (hoje regidos, respectivamente, pela Lei n. 7.210/1984 e pela Lei n. 6.830/1980); mas tampouco aqui haveria malferimento ao conteúdo essencial da tutela judicial efetiva (conquanto se possa discutir, uma vez formatada a proposta, a sua proporcionalidade), uma vez que o *Estado-administração* seguiria com o monopólio executivo. Cf., quanto às execuções fiscais, o anteprojeto de lei da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que a “desjudicializa” parcialmente, permitindo a execução direta do devedor pela própria Fazenda Pública (http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-anteprojeto-de-lei-Divida_Ativa.pdf, acesso em 10.02.2012); e, na doutrina, Marcus Lívio Gomes, “*Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?*”, in *Revista CEJ*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009, n. 45, pp.86-101. Insista-se ainda uma vez em que o fato de não se tisonar o conteúdo essencial do direito à tutela judicial efetiva não significa a legitimidade constitucional “*prima facie*” do novo modelo: restam sempre a considerar os limites dialógicos, como visto. Não o faremos aqui, dado o foco do nosso estudo.

²⁰⁴¹ Assim como o Direito é considerado uma ciência social *aplicada*, o sentido útil do processo não pode ser outro que o de produzir efeitos (ainda que psicológicos) e modificações na realidade exterior. A afirmação apenas se relativiza no âmbito da jurisdição puramente declaratória (= ações de simples apreciação); mesmo aqui, porém, haverá geralmente esperados efeitos psicológicos ou preventivos. Assim, fere o conteúdo essencial do direito à tutela judicial efetiva qualquer modelo de processo que renegue essa sua *função útil*. Daí, aliás, a correta resistência histórica dos tribunais à assunção de papéis meramente “consultivos” (v., e.g., STF, Ac. n. 3.772, rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 27.10.2011: “*Acesso ao Poder Judiciário como órgão consultivo. Inadmissibilidade*”), ressalvadas as exceções institucionais objetivamente justificadas (no Brasil, e.g., a Justiça Eleitoral, que tem funções legais consultivas e inclusive normativas; ou, no plano internacional, o próprio TJUE).

26.2. O DIREITO AO JUIZ NATURAL. IMPARCIALIDADE E INDEPENDÊNCIA

I. O direito-garantia do **juiz natural** determina, como já apontamos (*supra*, tópico 9.3), a direção processual de um juiz *previamente investido, competente e imparcial*. Entendemos, pois, que a **imparcialidade** é um aspecto da dimensão *positiva* do juiz natural. E há, de outro lado, a sua dimensão *negativa*, que é a vedação de tribunais de exceção (“*ex post facto*” — v. tópico 10.3, n. III). A imparcialidade, ademais, não se confunde com a **independência**, que integra a garantia do juiz natural — no que acede à sua *investidura* —, mas é puramente *abstrato-institucional* e diz os direitos de independência e as garantias gerais da Magistratura (vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade etc.). Como também não se confunde com a “**imparcialidade**” (*supra*, tópico 5.2, n. IV), a faceta objetiva da isenção judicial concreta, atrelada à *repartição funcional* endoprocessual (i.e., o discernimento institucional dos papéis de cada ator processual: o juiz, o promotor, as partes, os advogados, as testemunhas, o perito etc.), que não pode ser subvertida (o juiz não pode funcionar como testemunha no processo que preside, como o advogado não pode ditar-lhe a sentença, e assim sucessivamente). No marco da CEDH, tais noções estão aproximadas na frequente distinção entre uma “imparcialidade subjetiva” e uma “imparcialidade objetiva” (v., por todos, *Thomann v. Suíça*, 10.06.1996), essa última fundada na “*confiance que les tribunaux d’une société démocratique se doivent d’inspirer aux justiciables*” (*Castillo Algar v. Espanha*, 28.10.1998). É que

“[n]a perspectiva subjectiva, importa conhecer o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada circunstância; esta imparcialidade presume-se até prova em contrário. [...] Mas esta garantia é insuficiente; necessita-se de uma imparcialidade objectiva que dissipe todas as dúvidas ou reservas, porquanto, mesmo as aparências podem ter importância de acordo com o adágio do direito inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*”²⁰⁴².

²⁰⁴² Cabral Barreto, *op.cit.*, p.55.

Assim, e.g., no caso *Boeckmans* (Queixa n. 1727/1962, 29.10.1963), discutiu-se a imparcialidade subjetiva do juiz em caso no qual o presidente de *cour d’appel* francesa havia qualificado o réu de “mentiroso”, “ignóbil” e “repugnante”, para depois declarar que o tribunal verificaria se a pena imposta em primeiro grau era suficiente (antecipando, pois, a sua predisposição subjetiva em *manter* ou *piorar* a condição do arguido). Já em *Pescador Valero v. Espanha* (17.06.2003), o juiz espanhol que presidira o contencioso administrativo era professor de direito na universidade demandada (UCLM), o que *objetivamente* comprometia a sua isenção (“*must be seen to be done*”), pela quebra tendencial da “imparcialidade” (pertencimento à instituição que julgaria), com agressão à norma do artigo 6º, 1, da CEDH, ainda que subjetivamente não ocorresse ao magistrado, sequer indiciariamente, qualquer intenção de favorecer a parte²⁰⁴³.

Mas tudo isso já vimos. Agora, interessa buscar limites e a seguir cogitar da “*Wesenskern*” desse direito-garantia.

II. A ideia moderna de um “juiz natural” remonta ao direito seiscentista e ao renascimento do direito público no século XVII, como anteriormente demonstrado (tópico

²⁰⁴³ *In verbis*: “**21.** La Cour rappelle que l’impartialité doit s’apprécier à la fois selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et selon une démarche objective, amenant à s’assurer qu’il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime [...]. **22.** En ce qui concerne l’aspect subjectif de l’impartialité, la Cour constate que rien n’indique en l’espèce un quelconque préjugé ou parti pris de la part du juge J.B.L. **23.** Reste donc l’appréciation objective. Elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l’impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l’importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d’une société démocratique se doivent d’inspirer aux justiciables [...]. Il en résulte que pour se prononcer sur l’existence, dans une affaire donnée, d’une raison légitime de redouter d’un juge un défaut d’impartialité, l’optique du requérant entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L’élément déterminant consiste à savoir si l’on peut considérer les appréhensions de l’intéressé comme objectivement justifiables (arrêts Ferrantelli et Santangelo c. Italie, 7 août 1996, Recueil 1996-III, pp. 951-952, § 58 ; Wettstein c. Suisse, n° 33958/96, § 44, CEDH 2000-XII).[...] **27.** Reste la question de savoir si les craintes du requérant quant à l’impartialité du magistrat en question étaient légitimes, compte tenu des relations professionnelles existant entre ce dernier et l’autre partie au litige, et si ces relations étaient de nature à jeter le doute sur son impartialité objective. Pour la Cour, la réponse est positive. En effet, **professeur associé à l’université, le magistrat entretenait des rapports professionnels réguliers et étroits avec l’université depuis plusieurs années.** Par ailleurs, pour son enseignement, il percevait de l’université des émoluments périodiques qui ne sauraient être qualifiés de négligeables (7 200 EUR annuels d’après le Gouvernement). M. J.B.L. a donc exercé en même temps la fonction de juge auprès du Tribunal supérieur de justice de Castille-La Manche, d’une part, et celle de professeur associé percevant des émoluments de la partie adverse, d’autre part. De l’avis de la Cour, **cette situation peut avoir fait naître chez le requérant des craintes légitimes que le juge J.B.L. n’abandonât pas son affaire avec l’impartialité requise**” (g.n.).

9.3, n. II), conquanto se possam reconhecer primeiros laivos na própria *Magna Charta* de 1215 (artigos 20, 21 e 39, com referências ao julgamento pelos “pares” e às punições pelos “homens honestos da vizinhança” — *supra*, tópico 8.2.4). GHIRCA²⁰⁴⁴ situa a sua primeira aparição legislativa, com todos os seus contornos modernos, no direito francês (ou, mais precisamente, ao artigo 8º do título VIII da *Ordonnance civile* de 1667). Ulteriormente, apareceria na Constituição francesa de 1814, já com a denominação atual: “[n]ul ne pourra être distrait de ses juges naturels” (artigo 62). No campo processual penal, a sua vinculação com os anseios modernos por um processo justo deveu-se provavelmente à suposição de que o juiz do lugar onde se praticara o delito teria melhor aptidão para proferir a decisão mais acertada (proximidade com fatos e pessoas envolvidas, facilidades instrutórias etc.). Aos nossos dias, chega a concepção segundo a qual “*não se permite a criação de juízos extraordinários ou de tribunais de exceção, nem a instituição de juízo post factum, havendo necessidade de os critérios de competência estarem abstrata e genericamente predeterminados em lei*”²⁰⁴⁵.

A esse conjunto agregamos, ademais, as garantias institucionais da *independência judicial* (cf. *infra*) e também a garantia da *imparcialidade*²⁰⁴⁶ (conquanto nem sempre a doutrina reconheça essa unidade, havendo quem sustente que a garantia do juiz natural *decorre* da imparcialidade, e não o contrário — cf., *supra*, nota n. 1706); afinal, não parece adequado supor que o genitor do réu, porque é o juiz titular da vara única em funcionamento no município, seja o seu “juiz natural”, a despeito do óbvio impedimento (*e.g.*, artigo 134, V, do CPC brasileiro), e no entanto deva ser afastado por uma variável externa (o parentesco). A própria evolução histórica do instituto, como também a lógica legislativa, revelam que o juiz impedido, suspeito ou peitado é presumivelmente incapaz de

²⁰⁴⁴ Maria Francesca Ghirga, “*Riflessioni sul significato di giudice naturale nel processo civile*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2002, n. 3, pp.805-810.

²⁰⁴⁵ Carneiro da Cunha, “*Anotações...*”, p.503.

²⁰⁴⁶ Nesse sentido, v. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, “*El derecho al juez predeterminado por la ley*”, in *Derechos procesales...*, pp.269-272; Nery Jr., *Princípios...*, pp.97-98; Mario G. F. Fiorentino, “*La garanzia del giudice naturale nel giusto processo e nell’ordinamento giudiziario e i suoi riflessi sull’imparzialità del giudice penale*”, in *Diritto i diritti*, Ragusa, Diritto.it, aprile 2004, *passim* (disponível em http://www.diritto.it/vetrine_precedenti/29042004.html, acesso em 10.02.2012). Ao contrário, divisando na garantia apenas uma *dupla* dimensão (proibição de tribunais de exceção e julgamento por juiz competente), v. Ada Pellegrini Grinover, *O processo em sua unidade II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp.20-2; v. também Carneiro da Cunha, “*Anotações...*”, p.506.

juízos justos (= isentos); e, portanto, não pode ser o “juiz natural” em acepção constitucional. Não por outra razão, aliás, o artigo 6º, 1, da CEDH fala em “*tribunal independente e imparcial, [previamente] estabelecido pela lei*”: eis a configuração integral da garantia do juiz natural (= investidura prévia, à qual acedem as garantias institucionais da independência, mais a competência e a imparcialidade)²⁰⁴⁷. E, na mesma ensanча, o Tribunal Constitucional espanhol já havia pontificado, há quase trinta anos, que entre as normas legais de determinação do juiz natural não se encontram apenas aquelas que estabelecem os limites da jurisdição e a competência dos órgãos jurisdicionais, mas também aquelas relativas à *concreta idoneidade* de um determinado juiz em relação a um concreto assunto, e em especial as de *imparcialidade*, “*que se mede não só pelas condições subjetivas de equanimidade e retidão, senão também pelas de desinteresse e neutralidade*” (STC 47/1982, j. 12.07.1982).

Há muitas questões polêmicas em torno da garantia do juiz natural. Discute-se, p.ex., se a existência de *prerrogativas de foro* poderia vulnerá-la. Entende-se majoritariamente que não, já que não se trata de privilégios pessoais e “*ex post*”, mas de *inflexões predeterminadas* baseadas no interesse público primário ou no interesse social, outra vez colimando julgamentos justos e isentos. Assim se dá, no Brasil, com a prerrogativa de foro penal de juízes, parlamentares e autoridades executivas (p.ex. o Presidente da República, os governadores de Estado, os ministros de Estado e os prefeitos municipais), para que não sejam julgados por juízes de primeiro grau, junto aos quais teriam melhores chances de vergar entendimentos mediante ardis, pressões ou influência política; mas também se dá, e.g., com o alimentando, que pode promover a ação de alimentos no foro da sua residência (artigo 100, II, do CPC). Por conseguinte, o deslocamento da competência processual penal por conexão (artigo 76, I, do CPP), em se tratando de corréus a que se imputam fatos comuns, tampouco fere o direito-garantia do juiz natural, ainda que essa competência se desloque em razão de prerrogativa de foro de

²⁰⁴⁷ A rigor, a locução “*estabelecido por lei*” (artigo 6º, 1, da CEDH) admite duas acepções: “**criado** por lei” (e, então, estamos no campo da garantia de acesso aos tribunais: **jurisdição**) e “**organizado** por lei” (e, então, estamos no campo da garantia do juiz natural, i.e., aquele preestabelecido por lei para *certa matéria*, ou para lides de *certo valor*, ou para *certo território*, ou por *certa hierarquia*: por regra de **competência**, como medida de jurisdição). A sua interpretação mais adequada, porém, sempre contemplará *ambas as acepções*, na linha das construções hermenêuticas pautada pelo *princípio da máxima efetividade* (*supra*, tópico 12.2, n. III), como convém especialmente em temas de jusfundamentalidade.

um dos réus (Súmula 704 do STF²⁰⁴⁸). Em se tratando, ademais, de competência relativa em sede processual civil, tampouco há violação à garantia do juiz natural na alteração convencional do juiz competente²⁰⁴⁹ (= “foro de eleição”), desde que observadas as condições postas pelo legislador ordinário no exercício de seu poder conformador (no Brasil, desde que se trate de competência em razão do valor e do território, “*si et quando*” a convenção constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico — artigo 111, *caput* e §1º, do CPC).

Debate-se também se as *exceções de arbitragem*, que obstam o conhecimento da causa pelos tribunais judiciais, estariam a elidir o próprio juiz natural. NERY JR.²⁰⁵⁰ compreende que não, “*si et quando*” a arbitragem for convencional (e não obrigatória²⁰⁵¹), considerando que (a) os árbitros desenvolveriam atividade genuinamente *jurisdicional*, “*de aplicar o direito ao caso concreto*” (mesmo porque a atividade jurisdicional é típica, mas não é *exclusiva* do Poder Judiciário²⁰⁵²), conquanto de natureza privada²⁰⁵³; e, logo, (b) o que se exclui com o compromisso arbitral é a *via judicial*, não a jurisdição. Noutras palavras, o próprio *árbitro* assumiria convencionalmente as funções de juiz natural para o caso concreto (conquanto curiosamente possa ser escolhido “*ex post facto*”)... Ademais, é certo que o Poder Judiciário normalmente conserva jurisdição sobre os *aspectos formais* do compromisso e/ou da convenção de arbitragem, podendo sempre ser acionado para

²⁰⁴⁸ *In verbis*: “Não viola a garantia do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

²⁰⁴⁹ V. Nery Jr., *Princípios...*, p.100; na Itália, em igual sentido, v. Alessandro Pizzorusso, “*Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1975, v. 29, pp.10-11.

²⁰⁵⁰ Nery Jr., *Princípios...*, pp.105-120.

²⁰⁵¹ Mesmo nesse caso, porém, o TEDH já entendeu não haver violação ao artigo 6º, 1 (“*tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei*” = juiz natural), desde que às partes jungidas ao juízo arbitral obrigatório assegurem-se *todas* as garantias que dimanam daquele preceito (*Bramelid e Malmström v. Suécia*, 12.10.1989).

²⁰⁵² Veja-se, no Brasil, o artigo 52, I, da CRFB, pelo qual cabe ao *Senado Federal* julgar o Presidente da República por crimes de responsabilidade; ou ainda, no caso europeu, as inúmeras hipóteses de contencioso administrativo — que, aliás, teve previsão constitucional na Constituição brasileira de 1967/1969, em seu artigo 203, por força da EC n. 7/1977 (conquanto jamais implementado). Dizia o preceito que “[p]oderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e providenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho”.

²⁰⁵³ No Brasil, diz o artigo 18 da Lei n. 9.307/1996 que o árbitro é “*juiz de fato e de direito*”. Infelizmente, esse preceito engendrou abusos, como a proliferação descontrolada de câmaras e tribunais arbitrais, com a consequente precarização da jurisdição, e até mesmo a confecção de carteiras profissionais com brasões da República para os sedizentes “juizes”-árbitros.

examinar o negócio jurídico arbitral nos planos da existência, validade e eficácia. Por tais razões, na Europa, o TEDH tem reconhecido que o direito a um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei *não implica*, em matéria civil, a exclusividade da jurisdição de tipo clássico, “*intègrée aux structures judiciaires ordinaires du pays*” (*Suda v. República Tcheca*, 28.10.2010); e, logo, o artigo 6º, 1, da CEDH não se opõe à criação de tribunais arbitrais para julgar litígios de natureza patrimonial entre particulares, pois “[r]ien n’empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d’un arbitrage, à condition qu’une telle renonciation soit libre, licite et sans equivoque” (v. *Osmo Suovaniemi e outros v. Finlândia*, 23.02.1999; *Transado Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal*, 16.12.2003). Em todo caso, porém, o rito arbitral deve estar prévia e minimamente estabelecido, a bem da segurança procedimental das partes, sob pena de malferimento à garantia do devido processo (veja-se, p.ex., o princípio n. 05 dos *Princípios Básicos relativos à Independência da Judicatura*²⁰⁵⁴).

Diga-se, ainda, que o princípio do juiz natural deve ter aplicabilidade até mesmo nos *processos administrativos* (ainda que mitigada). Isso é particularmente verdadeiro no Brasil, onde a Constituição de 1988 consagrou a “*due process clause*” — e, logo, toda a sua dimensão processual (o que inclui a garantia do juiz natural) — como condição constitucional para que alguém possa vir a ser “*privado da liberdade ou de seus bens*” (artigo 5º, LIV). E, de fato, a perda da “*bens*” — aqui entendidos bens e direitos — frequentemente tem lugar no plano administrativo (assim, *e.g.*, nos procedimentos administrativos tendentes à aplicação de coimas ou ao confisco, nas sindicâncias tendentes à exoneração de cargo público, nos contenciosos administrativos tributários etc.); aliás, a própria perda de liberdade pode igualmente se dar em sede administrativa, embora bem mais raramente (no caso brasileiro, apenas em casos de transgressões militares ou de crimes propriamente militares: artigo 5º, LXI, “*in fine*”, da CRFB). Mesmo em tais casos, porém, assegura-se à pessoa o “*due process of law*”, ainda que sob diversa roupagem —

²⁰⁵⁴ *In verbis*: “5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (g.n.). Voltaremos a esses princípios logo adiante.

observadas as respectivas conformações legislativas²⁰⁵⁵ —, e sempre sob as cautelas impostas pelo “*substantive due process*”. De conseguinte,

“fala-se, aqui, em princípio do *juiz natural*, dimensão do princípio constitucional do juiz natural no direito administrativo. Qualquer que seja a matéria submetida ao julgador administrativo, este deverá ter sido pré-constituído na forma da lei e ser imparcial para o julgamento. Esse preceito vale tanto para o processo administrativo disciplinar como também para os demais processos administrativos (v.g., processo sancionador de imposição de sanções administrativas aos administrados, processo de licitação etc.). [...] Não é raro ver-se na administração pública ofensa ao princípio constitucional do julgador natural com a formação de comissões sindicantes ou processantes constituídas *ex post facto*, caracterizando indiscutivelmente juízo de exceção”²⁰⁵⁶.

IV. Também se tem entendido haver violação à garantia do juiz natural, quanto à *imparcialidade*, quando se verifica que um ou mais membros do tribunal desempenharam no processo, em algum momento, funções diversas daquelas de juiz. Em alguns casos, esse padrão é mesmo objetivado pelo legislador como causa de impedimento judicial (v., e.g., o artigo 134, I, II e III, do CPC brasileiro²⁰⁵⁷, ou o artigo 122º, I, “c”, “e” e “h” do CPC português²⁰⁵⁸); como, porém, dificilmente as legislações exaurirão todas as hipóteses possíveis de quebra tendencial da imparcialidade objetiva (“imparcialidade”)²⁰⁵⁹, segue

²⁰⁵⁵ No Brasil, p.ex., a Lei n. 9.784/1998 regula o processo administrativo no âmbito federal, prevendo hipóteses de impedimento ou suspeição do servidor ou da autoridade julgadora nos artigos 18 a 21.

²⁰⁵⁶ Nery Jr., *Princípios...*, p.101.

²⁰⁵⁷ *In verbis*: “**Art. 134.** É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: [...] **II** - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; **III** - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; [...]”.

²⁰⁵⁸ *In verbis*: “**Artigo 122º (Casos de impedimento do juiz).** 1. Nenhum juiz pode exercer as suas funções, em jurisdição contenciosa ou voluntária: [...] **c)** Quando tenha intervindo na causa como mandatário ou perito ou quando haja que decidir questão sobre que tenha dado parecer ou se tenha pronunciado, ainda que oralmente; [...] **e)** Quando se trate de recurso interposto em processo no qual tenha tido intervenção como juiz de outro tribunal, quer proferindo a decisão recorrida, quer tomando de outro modo posição sobre questões suscitadas no recurso; [...] **h)** Quando haja deposto ou tenha de depor como testemunha; [...]”.

²⁰⁵⁹ Assim, p.ex., a legislação processual brasileira não consagra a interessante e oportuna hipótese de impedimento do artigo 122º, 1, “g”, do CPC luso, que afasta o juiz “[q]uando seja parte na causa pessoa que contra ele propôs acção civil para indemnização de danos, ou que contra ele deduziu acusação penal, em consequência de factos praticados no exercício das suas funções ou por causa delas, ou quando seja parte o cônjuge dessa pessoa ou um parente dela ou afim, em linha recta ou no segundo grau da linha colateral, desde que a acção ou a acusação já tenha sido admitida”. Para tais casos, no Brasil, a parte terá de recorrer ao instituto da *suspeição* (artigo 135, I, II ou V, do CPC), o que termina envolvendo certas doses de subjetividade.

relevante o manejo do direito-garantia como mandado de otimização (= natureza da norma-princípio). É o que o TEDH tem reconhecido, inclusive quando episodicamente omissa a lei nacional, e nos mais diversos casos (a demonstrar que, se é o poder de conformação legislativa aquele que por excelência concretiza o princípio, decerto não o monopoliza). Assim, p.ex., reconheceu-se a quebra da garantia em casos nos quais o juiz antes atuara na instrução criminal como membro do Ministério Público, ou na investigação como chefe de polícia, ou ainda porque interveio anteriormente no mesmo processo que depois lhe chega às mãos para julgamento, mas em procedimento autônomo anterior (v., respectivamente, *Piersack v. Bélgica*, 1º.10.1982; caso *Jón Kristinsson*²⁰⁶⁰; e, quanto ao múltiplo funcionamento no mesmo processo, cf. *Oberschlick v. Áustria*, 23.05.1991, e *Castillo Algar v. Espanha*, 28.10.1998). Por outro lado, o TEDH não manifestou objeção ao fato de a causa de julgamento anulado voltar a ser julgada pelos mesmos juízes que procederam ao julgamento originário (v. *Ringeisen v. Áustria*, 16.07.1971). Neste caso, porém, devem-se distinguir os casos em função da natureza da eiva pronunciada. Se se trata de nulidade decorrente de típico “*error in procedendo*”, envolvendo regras de processo ou procedimento, parece claro que não há quebra de imparcialidade na devolução do feito ao mesmo juiz “*a quo*”, ainda que ele venha a pronunciar mesmo ou idêntico julgamento (após afastar, p.ex., a prescrição ou outra questão prejudicial arguida e não apreciada originalmente): afinal, trata-se de remeter o feito ao seu *juiz natural* (e, por isso mesmo, alguns tribunais chegam a “positivar”, para efeitos administrativos, uma tal vinculação²⁰⁶¹), que é livre em seu convencimento motivado (aqui acidentalmente “antecipado”, mas ainda assim após toda o contraditório e a instrução pertinentes). Diversamente, porém, nos casos em que a nulidade envolva *questões de estrito convencimento meritório*, obrigar o juiz “*a quo*” a julgar de novo o feito de acordo com o convencimento jurídico do tribunal “*ad*

²⁰⁶⁰ Relatório de 08.05.1989 (Comissão Europeia dos Direitos do Homem). Cf. Cabral Barreto, *op.cit.*, p.156 e nota n. 375.

²⁰⁶¹ V., e.g., o artigo 4º, VIII, do capítulo AUD da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional do TRT da 15ª Região. *In verbis*: “**Art. 4º.** Vincula-se ao julgamento da lide o juiz que: [...] **VIII** - Prolatar sentença anulada ou reformada pela instância superior, se não for obrigatória a colheita de novas provas de qualquer espécie”. Diga-se, a propósito, que tais regras são cunhadas sobretudo para evitar conflitos internos entre juízes. Na teoria, admitem contestação judiciária, já que não é dado aos tribunais — ou às suas corregedorias — ditarem normas de processo ou sequer de procedimento, ante a cláusula de reserva legislativa para as duas matérias (cf. respectivamente artigo 22, I, e 24, XI, da CRFB). Ademais, quanto à vinculação de juízes a julgamentos “reformados” pela instância superior, há que ver concretamente se não se devolvem à “reapreciação” *questões de estrito convencimento meritório*, o que tornaria a norma inconstitucional, por violação às garantias da imparcialidade (subjativa) e da independência.

quem” evidentemente viola a sua independência (*infra*) e indiretamente maltrata o princípio do juiz natural, ao obrigar uma das partes a ver o seu caso julgado por quem não está convencido da tese que a favorece (o que pode importar em predisposição subjetivamente antagônica e interpretação viciada de questões conexas).

Suponha-se, a propósito, que certo juiz tenha admitido, em primeira instância, a produção de prova obtida por meio ilícito (*e.g.*, gravação de conversa telefônica indevidamente interceptada), por entender infletível a regra de inadmissibilidade no caso concreto, à vista dos interesses materiais ponderáveis (*e.g.*, apuração da identidade biológica do autor em face de réu ausente, não havendo material biológico disponível para testes genéticos). Suponha-se, mais, que o tribunal anule o julgado, porque baseado em prova ilícita (no Brasil, artigo 5º, LVI, da CRFB), e devolva o processo ao juiz “*a quo*” para que, a bem da não supressão de instâncias, profira novo julgamento, agora desconsiderando aquela única prova produzida (o que conduzirá inelutavelmente à improcedência da ação). Ora, o magistrado ver-se-á instado a decidir “tecnicamente” em desfavor daquele que detém, em sua convicção, o direito subjetivo reclamado. Ainda que institucionalmente se possa conciliar essa situação com a independência do magistrado, a solução não interessa sequer à parte, por aquela natural predisposição subjetiva antagônica (com possíveis reflexos em questões laterais como a sorte de pedidos contrapostos, a fixação de custas e despesas processuais, os honorários advocatícios etc.). O imperativo de imparcialidade subjetiva impõe, nessa hipótese, a designação de outro juiz²⁰⁶².

²⁰⁶² Procedimentalmente, temos por mais acertado, em situações como esta ou a anterior (arguição de prescrição não apreciada em primeiro grau), que o legislador permita *ao tribunal* “*ad quem*” decidir as questões pendentes, mesmo se olvidadas pelo juízo “*a quo*”, e inclusive proferir de imediato a nova decisão de mérito, dispensando-se a devolução do processo. Nos últimos tempos, tem sido a solução amiúde empregada pelo legislador brasileiro: “[n]os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” (artigo 515, §3º, do CPC, na redação da Lei n. 10.352/2001); “[c]onstatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação” (artigo 515, §4º, do CPC, na redação da Lei n. 11.276/2006); “[f]icam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas” (artigo 516 do CPC, na redação da Lei n. 8.950/1994). Com efeito, se o duplo grau de jurisdição é uma garantia jufundamental apenas no processo penal (*supra*, tópico 16.4), e se o primeiro acesso à jurisdição deu-se como devia (perante o juiz natural originário), atribuir ao tribunal poderes mais plenos de julgamento, a par de favorecer a duração razoável do processo, não é mais do que *reposicionar o juiz natural* sob circunstâncias especiais (que afinal segue “preexistente” na lei, embora apenas para tais casos), o que está perfeitamente dentro do poder de conformação do legislador ordinário.

V. Quando à *independência* dos juízos e tribunais, que se refere aos direitos de independência e às garantias gerais e abstratas outorgadas à Magistratura como *instituição constitucional*, a Organização das Nações Unidas aprovou, no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Milão, 26.08 a 06.09.1985), os “*Princípios básicos relativos à Independência da Judicatura*”, depois confirmados pela Assembleia Geral com a Resolução n. 40/32, de 29.11.1985, e a Resolução n. 40/146, de 13.12.1985. Embora a declaração tenha sido talhada a partir de preocupações processuais penais e contemple variegados aspectos da garantia do juiz natural (não se atendo àqueles relacionados à independência institucional), seus preceitos têm se espalhado por todas as searas processuais e alguns deles sinalizam fortemente para o que pode ser a “*Wesenskern*” em tema de independência judicial.

Como observa a ANISTIA INTERNACIONAL ²⁰⁶³, os agentes públicos encarregados de tomar decisões em causas litigiosas devem poder julgá-las livremente e com imparcialidade, baseando-se nos fatos e em consonância com o direito, “*sem nenhuma intromissão, pressão ou influência indevida de nenhum setor do governo ou outros*”; e, para tanto, devem ser preferencialmente selecionados por seus *conhecimentos jurídicos* (e não, *e.g.*, por suas eventuais ligações políticas ou associativas). Assim, os *Princípios básicos relativos à Independência da Judicatura* consagram, entre outros, os seguintes aspectos:

(a) o direito à **não intromissão** ²⁰⁶⁴, no sentido de que “*os juízes, como indivíduos, devem ter poder exclusivo para decidir sobre as causas que conhecem*” ²⁰⁶⁵ (v., *e.g.*, o princípio n. 03 ²⁰⁶⁶), livres — em conjunto ou individualmente — da ingerência

²⁰⁶³ Cf. Amnistía Internacional, *Juicios justos: Manual de Amnistía Internacional*, Madrid, Dykinson/Editorial Amnistía Internacional, 2000, pp.83 e ss.

²⁰⁶⁴ *Idem*, p.84.

²⁰⁶⁵ Em documentos internacionais, essa garantia tende a ser referida simplesmente como “separação de poderes” (*e.g.*, Amnistía, *Juicios justos*, p.84), o que não nos parece adequado. Sobre a superação da ideia clássica de estrita “separação” de poderes e sua substituição pela ideia de *tripartição integrada*, v. *supra* o tópico 13.2.

²⁰⁶⁶ *In verbis*: “*La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá **autoridad exclusiva** para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley*” (g.n.).

indevida de particulares e também do Estado (princípios ns. 01²⁰⁶⁷, 02²⁰⁶⁸ e 04²⁰⁶⁹), seja na figura do Poder Executivo (negligenciando orçamentos ou tardando atos administrativos que acaso lhe caibam, como nomeações e reformas), seja na do Poder Legislativo (por meio de tráfico de influência ou edição de leis inconstitucionais), seja ainda na dos próprios tribunais de apelação ou superiores²⁰⁷⁰ (que não podem interferir em causas judiciais antes que as mesmas, em grau de recurso ou por outra via de “*procedural due process*”, cheguem ao seu regular conhecimento);

(b) as garantias institucionais da independência judicial, tendo em conta que “*os Estados devem assegurar que existam salvaguardas estruturais e funcionais contra a ingerência política ou de outra índole na administração da justiça*”²⁰⁷¹ (princípios ns. 01²⁰⁷², 11²⁰⁷³, 12²⁰⁷⁴ e 13²⁰⁷⁵);

²⁰⁶⁷ In verbis: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura” (g.n.).

²⁰⁶⁸ In verbis: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (g.n.).

²⁰⁶⁹ In verbis: “No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley” (g.n.).

²⁰⁷⁰ Daí, p.ex., a previsão, no artigo 12, 1, da Ley Orgánica n. 06/1985 (Ley Orgánica del Poder Judicial espanhol), de que “[e]n el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial” (g.n.).

²⁰⁷¹ Amnistía, Juicios justos, p. 84.

²⁰⁷² Do princípio n. 01, veja-se a primeira parte: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país” (g.n.).

²⁰⁷³ In verbis: “La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas” (g.n.).

²⁰⁷⁴ In verbis: “Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto” (g.n.).

²⁰⁷⁵ In verbis: “El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia” (g.n.).

(c) a proteção funcional “*interna corporis*” e o correspondente direito a procedimentos administrativos justos (princípios ns. 17²⁰⁷⁶, 18²⁰⁷⁷, 19²⁰⁷⁸ e 20²⁰⁷⁹);

(d) a imunidade pessoal dos juízes pelas decisões judiciais que proferirem (princípio n. 16²⁰⁸⁰); e

(e) a seleção adequada dos corpos de magistrados (princípio n. 10^{2081, 2082}).

²⁰⁷⁶ *In verbis*: “Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad **con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente.** En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario” (g.n.). Obviamente, as mesmas razões que justificam inflexões procedimentais episódicas nos processos judiciais em geral também podem se aplicar aos procedimentos administrativos que apuram infrações disciplinares de juízes, ainda em função do entroncamento complexo entre o “*substantive due process*” e o “*procedural due process*”. Tendem, porém, a ser bem mais raras neste nicho, já que dificilmente haverá direitos humanos fundamentais contrapostos a legitimar a inflexão; ao contrário, quando se expõe o juiz a constrangimentos funcionais desarrazoados, arrisca-se a garantia do cidadão a juízos e tribunais isentos. Assim, e.g., o Comitê de Direitos Humanos (*supra*, tópico 10.4.1, n. IV) censurou publicamente a Bielorrússia, em 1997, ao constatar, “*vis-à-vis*” da legislação e da casuística nacionais, que “los procedimientos relativos al ejercicio de las funciones de los jueces, la imposición a éstos de medidas disciplinarias y su destitución en todos los niveles de la magistratura **no satisfacían el principio de la independencia e imparcialidad de esta institución**” (Amnistía, *Juicios justos*; pp.86-87; v. também CDH, doc. ONU n. CCPR/C/79/Add.86, 19.11.1997, §13).

²⁰⁷⁷ *In verbis*: “Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones”.

²⁰⁷⁸ *In verbis*: “Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial”.

²⁰⁷⁹ *In verbis*: “Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares”.

²⁰⁸⁰ *In verbis*: “Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, **los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales**” (g.n.). Em Portugal, o preceito foi em boa hora constitucionalizado, conquanto aberto ao poder conformador legislativo (artigo 216º, 2, da CRP [g.n.]). No Brasil, veja-se o artigo 41 da LOMAN (“Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”), a ser interpretado em conjunto com o artigo 133 do CPC, pelo qual o magistrado apenas responde pessoalmente por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (não com “culpa” — como pode se dar, e.g., nos casos de “*errores in procedendo*”), ou ainda quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Na outra ponta da institucionalidade, em 1997, o Comitê de Direitos Humanos manifestou suas preocupações com a denúncia de que o Presidente da República da Bielorrússia houvera destituído inopinadamente dois magistrados, ao reles argumento de que, no exercício de suas funções judiciais, não teriam executado e recolhido multa administrativa imposta pelo Executivo a cidadãos (ONU, Doc. n. CCPR/C/79/Add.86, 19.11.1997, §13).

A tudo isso agregue-se, de um documento internacional semelhante (as “*Diretrizes sobre a Função dos Promotores*”²⁰⁸³), um quinto elemento: a “**imparcialidade**” formal, no que diz respeito às funções judiciais e ministeriais (diretriz n. 10²⁰⁸⁴).

De todas esses consectários, são as *garantias institucionais de independência* que geralmente ganham expresse assento constitucional (conquanto todos os aspectos arrolados acima integrem, em alguma medida, o direito-garantia do juiz natural, ainda que implicitamente). Assim, no Brasil, o artigo 95 da CRFB assegura aos juízes, em seus incisos I a III, a *vitaliciedade* (que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado), a

²⁰⁸¹ *In verbis*: “Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio” (g.n.). O preceito, ainda pouco esgrimido nas ordens jurídicas nacionais, revela desconformidades em vários estatutos judiciários nacionais. No Brasil, por muito tempo os tribunais estaduais estabeleceram limites máximos de idade para a participação de cidadãos em concursos de ingresso à Magistratura (encetando, portanto, discriminação etária no acesso); no entanto, em 2007, o CNJ suspendeu exigência de edital do Tribunal de Justiça de São Paulo que previa idade máxima de quarenta e cinco anos para a participação em concurso para juiz substituto, com o correto fundamento de que “[a] limitação de idade para ingresso na magistratura afronta os princípios da isonomia, razoabilidade e legalidade, pois não há previsão constitucional desta natureza e a maturidade é elemento importante para o exercício da judicatura”, como também o de que “[o] argumento referente ao tempo de aposentadoria é inconsistente, não podendo ser vedado o acesso do candidato ao concurso com base na suposta data em que ele se aposentaria” (CNJ, PCA n. 347, rel. Cons. RUTH CARVALHO, j. 14.03.2007; v. também CNJ, PCA n. 200810000005866, rel. Cons. PAULO LÔBO, j. 18.03.2008). Em Portugal, não se admitem não nacionais às seleções, conforme artigo 40, “a”, da Lei n. 21/1985 (“São requisitos para exercer as funções de juiz de direito [...] [s]er cidadão português [...]”) — o que, todavia, a ONU não considera discriminatório (princípio n. 10, “*in fine*”). No Brasil, tal restrição sequer existe (artigo 12, §3º, da CRFB, “*a contrario*”).

²⁰⁸² Na linha deste mesmo princípio de n. 10, no ano de 1995, o Comitê de Direitos Humanos da ONU manifestou apreensão quanto às repercussões que as eleições de juízes em certos estados dos EUA poderiam trazer para a aplicação do direito objetivo sob um *processo equitativo* na acepção do artigo 14, 1, do PIDCP (ONU, CDH, Doc. n. CCPR/C/79/Add.50, 07.04.1995, §§ 23 e 36); e, mais, recomendou que os EUA adotassem “un sistema de nombramiento de jueces realizado por un órgano independiente y fundado en el mérito”, não em ligações políticas (Amnistía, *Juicios justos*, p.86 [g.n.]). Da mesma forma, em 1997, o comitê revelou preocupações com a administração da justiça no Sudão, por faltar aos tribunais independência, *de fato* (= imparcialidade subjetiva) e *na aparência* (= imparcialidade objetiva): os magistrados não eram selecionados com base única ou predominante em seus conhecimentos jurídicos e, dentre os juízes selecionados, raríssimos eram os de religião não muçulmana, como raras eram as mulheres, além do que os magistrados sujeitavam-se a uma “autoridade supervisora” dominada pelo Executivo (ONU, CDH, Doc. n. CCPR/C/79/Add.85, 19.11.1997, §21).

²⁰⁸³ Aprovadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ONU, Havana, 27.08 a 07.09.1990).

²⁰⁸⁴ *In verbis*: “El cargo de fiscal estará **estrictamente separado** de las funciones judiciales” (g.n.).

inamovibilidade (salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII) e a *irredutibilidade de subsídios* (ressalvadas as incidências tributárias e o teto-limite de remunerações no serviço público: arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, todos da CRFB). Além disso, para igualmente assegurar a sua independência (artigo 95, par. único), a Constituição desde logo proíbe aos juízes as seguintes atividades: o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outro cargo ou função (salvo uma de magistério); o recebimento de custas ou participação em processo a qualquer título ou pretexto; a dedicação à atividade político-partidária (aproximando-se do caso português²⁰⁸⁵ e afastando-se, p.ex., do espanhol²⁰⁸⁶); e o recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, a qualquer título ou pretexto, ressalvadas as exceções previstas em lei. Previsões similares existem, ademais, para o Ministério Público (artigo 128, §5º, I e II, da CRFB).

Em Portugal, de modo semelhante, a Constituição assegura textualmente aos juízes, em seu artigo 216º, 1 e 2, a *inamovibilidade* (não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei) e a *imunidade* (não podendo ser responsabilizados pelas suas decisões, ressalvadas as exceções consignadas na lei); e proíbe-lhes, por outro lado (artigo 216º, 3 e 4), o desempenho de qualquer outra função pública ou privada (salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza

²⁰⁸⁵ Em Portugal, os juízes também não podem participar de atividades político-partidárias, mas lhes é permitido, p.ex., exercer o cargo de Presidente da República ou de membro do Conselho de Estado. *In verbis*: “**Proibição de actividade política. 1.** É vedada aos magistrados judiciais em exercício a prática de actividades políticopartidárias de carácter público. **2.** Os magistrados judiciais na efectividade não podem ocupar cargos políticos, excepto o de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado” (artigo 11º da Lei n. 21/85, de 30 de julho).

²⁰⁸⁶ Na Espanha, permite-se aos juízes a participação em pleitos eleitorais e o exercício de mandatos políticos ou de cargos de confiança, caso em que se consideram em “*situación de servicios especiales*”. *In verbis*: “**Los jueces y magistrados serán declarados en la situación de servicios especiales:** [...] f-) **Cuando sean nombrados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto o Decreto autonómico, o elegidos para cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales. En este caso, así como en el supuesto previsto en la letra “f” del artículo 356, los Jueces y Magistrados, y los funcionarios de otros Cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente, deberán de abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política**” (artigo 351, “f”, da *Ley Orgánica* n. 06/1985, de 1º de julho, com a redação da *Ley Orgánica* n. 12/2011, de 22 de setembro [g.n.]). Enquanto candidato e em campanha eleitoral, o juiz permanece em “*situación de excedencia voluntaria*” (artigo 356, “f”, da *Ley Orgánica* n. 06/1985). De todos os países pesquisados, a Espanha talvez ofereça o melhor exemplo de como a ordem jurídico-positiva pode conceder um “juiz-cidadão”, que, sob regramentos claros, não precisa se apartar de suas convicções pessoais e inclusive de sua vida pública para o exercício isento da Magistratura.

jurídica, não remuneradas, nos termos da lei), e a nomeação para comissões de serviço estranhas à atividade dos tribunais (a não ser que para tanto haja autorização do conselho superior competente).

VI. À vista desses elementos, pode-se finalmente indicar que **a garantia de conteúdo essencial protege**, no que diz respeito ao juiz natural e ao binômio imparcialidade/independência, **os seguintes conteúdos:**

(1) a **mínima “imparcialidade” formal** (de modo que o juiz jamais tenha desempenhado, no mesmo processo, funções formais diversas daquelas próprias à judicatura)²⁰⁸⁷;

(2) a **existência de mínimas salvaguardas estruturais e funcionais para os juízes** (= **garantias institucionais**)²⁰⁸⁸;

(3) a **jusfundamentalidade das garantias de independência da Magistratura**, como reflexo da sua conexão inextrincável com o próprio direito humano fundamental à tutela judicial efetiva (*supra*, tópico 26.1).

No marco desses limites (imanentes), não há margem para ponderações e não cabem inflexões. Acima deles, funcionam os limites dialógicos do “*substantive due process*”. Já outros aspectos nucleares da garantia, como p.ex. a vedação de tribunais de exceção, não admitem redução ao seu conteúdo essencial intangível, diante da própria experiência histórica (vejam-se, e.g., os precedentes de Nuremberg e Tóquio, no imediato pós-guerra, e

²⁰⁸⁷ Tal conteúdo mínimo é especialmente importante no *processo penal*, consagrando o chamado **processo de tipo acusatório**, fundado na *separação entre juiz e acusador*, na paridade entre a acusação e a defesa e na publicidade dos atos processuais (José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p.155). Ancora-se aqui, portanto, a perspectiva de *inconstitucionalidade* de qualquer modelo processual penal de tipo **inquisitório**.

²⁰⁸⁸ Uma vez *existentes e apreciáveis* tais garantias, resta incólume o conteúdo essencial do direito-garantia. A partir disso, os respectivos conteúdos sujeitam-se ao poder de conformação do legislador infraconstitucional (e, portanto, a juízos de ponderação concreta).

mais recentemente os tribunais penais internacionais “*ex post facto*” instituídos para Ruanda, Serra Leoa e ex-Iugoslávia²⁰⁸⁹). Comportam, pois, juízos de ponderação.

26.3. O DIREITO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

I. O princípio do contraditório, na lição de CALAMANDREI, filia-se a uma visão de processo que responde a princípios constitucionais de ordens jurídicas democráticas, sendo por isso mesmo indispensável. Mais que isso, o contraditório seria, para o jurista florentino, a “força motriz” e a “garantia suprema” do processo, vazado no conhecido adágio “*audiatur et altera pars; nemo potest inaudito damnari*”. Sua indispensabilidade, ademais, não se presta para “exacerbar a litigiosidade das partes” ou para oportunizar aos advogados a diletância retórica; antes, milita “*no interesse da justiça e do juiz, já que a contraposição dialética das defesas contrárias encontra facilmente o modo mais adequado para descobrir toda a verdade, iluminada em suas mais diversos aspectos*”²⁰⁹⁰. Nesse diapasão, podem-se reconhecer no contraditório duas situações subjetivas processuais indissociáveis: o **direito de influência** e o **ônus** (ou o **dever**, na perspectiva do juiz)²⁰⁹¹ de **debater**. Vejamos.

O contraditório processual só tem sentido como meio legítimo para que a parte possa fazer ver ao juiz as suas razões de fato e de direito; e, mais, para que possa *convencê-las* delas. E isso tanto diz com a dimensão *retórica* (= *contraditório argumentativo*), como também diz com a dimensão *probatória* (= *contraditório instrutório*). Nessa linha de

²⁰⁸⁹ No sentido clássico, apenas a Corte Penal Internacional de Haia, criado pelo Estatuto de Roma de 17.07.1998, poderia ser considerado, no plano da criminalidade internacional, uma corte instituída “*ex ante facto*”.

²⁰⁹⁰ Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, trad. Hector Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, pp.148-158.

²⁰⁹¹ Dinamarco, *Instituições...*, v. I, pp.213-214: “Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como uma abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. Quanto ao contraditório como direito (ou possibilidade) de influência (= “*Einwirkungsmöglichkeit*”), cf., por todos, Fritz Baur, “*Der Anspruch auf rechtliches Gehör*”, in *Archiv für civilistische Praxis*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954, n. 153, pp. 403 e ss.

argumentação, anda mal o juiz que, ao argumento de já ter formado a sua convicção, dispensa testemunhas apresentadas pela parte, dentro do marco legal, para esclarecer fatos controvertidos, relevantes, pertinentes e não autoevidentes (v., *supra*, §18º, n. II). Isso porque, ao fazê-lo, *nega à parte* o seu direito de influência i.e., o direito de tentar incutir-lhe, com a apresentação de novos elementos, diversas convicções. E, da mesma forma, a parte tem sempre o *ônus processual* de debater as questões de seu interesse, com argumentos e provas; ao não fazê-lo, sujeita-se a prejuízos processuais (como, e.g., a consideração de que determinados pontos de fato estão incontrovertidos²⁰⁹² ou mesmo a presunção de veracidade de toda a matéria fática alegada pelo “*ex adverso*”²⁰⁹³), desde que não se trate de questões de ordem pública ou assemelhadas, impassíveis de renúncia ou confissão.

Já a ideia de **ampla defesa** garante a *plenitude da defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes (o que está evidentemente sujeito ao poder conformativo do legislador ordinário). A rigor, a garantia da ampla defesa *abarca* aquela do contraditório²⁰⁹⁴, assegurando instrumentos de resistência para a pessoa no processo, mesmo em contextos que não ensejam contradição em acepção estrita (assim, e.g., nos processos de jurisdição voluntária ou nos atos jurisdicionais “*ex officio*”²⁰⁹⁵).

II. Quanto aos limites do contraditório e da ampla defesa, as interpretações têm sido geralmente as mais extensivas possíveis. Na Alemanha, o *BVerfG* chegou a decretar, em maio de 1975 (*BVerfGE* 40, 88), a ilegitimidade constitucional de uma sentença de primeira instância do foro de *Laufen* (e, bem assim, a sua confirmação pela decisão o tribunal

²⁰⁹² No Brasil, v. o artigo 302 do CPC: “*Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto*”. A isso a doutrina designa como *ônus* (ou *princípio*) **da impugnação especificada**.

²⁰⁹³ No Brasil, v. p.ex. o artigo 319 do CPC (confissão ficta decorrente de revelia).

²⁰⁹⁴ Em sentido contrário, entendendo que é a garantia do contraditório a mais ampla, a *conter* a ampla defesa (porque “*não há contraditório sem ampla defesa, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo*”), v. JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Comentário...*, p.154).

²⁰⁹⁵ Isso porque, a rigor, “*o contraditório se estabelece entre as partes*”, não com o juiz — o que, aliás, levou o STF a julgar inconstitucional preceito da Lei n. 8.906/1994 que previa, nos tribunais, a sustentação oral do advogado *após* o voto do relator, contraditando-o diante dos demais juízes votantes, antes da colheita dos respectivos votos (v. STF, ADI n. 1127-8, j. 17.05.2006).

estadual de *Traunstein*), por violação ao artigo 103, 1, da *GG* (contraditório), porque negara a um cidadão austríaco, flagrado em território alemão sem sua carteira de habilitação (*Führerschein*), o direito à devolução de prazo processual penal para a apresentação de defesa. Na espécie, o réu havia realmente perdido o prazo, mas alegava que, como professor primário, estaria gozando férias entre julho e agosto de 1974, não tendo como tomar ciência da acusação e apresentar defesa. O juiz de primeiro grau entendera, porém, que o acusado deveria ter tomado providências no sentido de ser informado sobre a citação, já que a esperava (o que foi depois confirmado em grau de *einfache Beschwerde*). No tribunal constitucional, porém, repeliu-se a interpretação dada ao antigo § 45, 1, 1 do *StPO*, inclusive porque contrária à interpretação conforme que o próprio *BVerfG* já havia formulado a propósito, da qual as instâncias inferiores não poderiam se afastar, como fizeram.

Por outro lado, bem antes disso, o *BVerfG* já trabalhava com os limites dialógicos (= proporcionalidade) do devido processo substantivo em matéria de defesa processual — infletindo-os ou não —, como também com os seus limites imanentes (= “*Wesenskern*”), como se vê, respectivamente, em *BVerfGE* 9, 89, e *BVerfGE* 25, 158 (*supra*, tópico 20.2, n. III). No primeiro caso, como visto alhures, decidira-se que o contraditório (artigo 103, I, da *GG*) havia de ser concretamente ponderado com outros princípios materiais diretamente implicados (“[...] *aus der inneren Sachgerechtigkeit der einzelnen Verfahrensart sich ergebenden Grundsätzen abgestimmt werden*”), o que levou a se reconhecer concretamente a legitimidade constitucional de um ato urgente de constrição processual penal — “*in casu*”, a prisão preventiva da reclamante, ante fortes indícios de tentativas de obstrução da justiça (*Verdunkelungsgefahr*) — com contraditório *diferido* (i.e., *após* a detenção, e não antes dela). Já no segundo caso, pontuou textualmente que o artigo 103, 1, da *GG* “*garante, em face de todos os procedimentos judiciais, independentemente da conformação do procedimento pelos diferentes códigos processuais (BVerfGE 7, 53 [57]), um mínimo de contraditório*”, devolvendo ao reclamante o prazo para resposta processual penal — aliás, em termos bem semelhantes àqueles do *BVerfGE* 40, 88 — ante “*o princípio pelo qual as exigências sobre o que uma parte processual deve fazer para a garantia de seu direito ao contraditório não podem ser exageradas*” (no mesmo sentido, v. *BVerfGE* 17, 194 [197];

18, 147 [150]). Sinalizava-se, com isso, qual deve ser o *núcleo intangível* do direito ao contraditório.

No panorama macroeuropeu, o TEDH tem compreendido, na esfera processual penal (porque a ela o artigo 6º, 3, da CEDH circunscreveu a referência ao direito de defesa) que os direitos de defesa devem necessariamente incluir²⁰⁹⁶:

(i) a *informação minuciosa, em idioma compreensível e linguagem inteligível*, da natureza e da causa da acusação formulada (artigo 6º, 3, “a”, da CEDH), repetindo-se em caso de requalificação jurídica dos fatos (*De Salvador Torres v. Espanha*, 24.10.1996), ainda que sem grandes ritualismos (*Kamasinski v. Áustria*, 19.12.1989) — o que, por iguais razões (“*ubi ratio ibi ius*”), deve se aplicar a processos cíveis, em relação à modificação ou adução de fatos em via de ação ou defesa, se houver alteração substancial na configuração jurídica da lide, de modo a prevenir perplexidades (*princípio da não surpresa*)²⁰⁹⁷;

(ii) o *tempo e os meios necessários para o exame da causa e a preparação da defesa* (artigo 6º, 3, “b”, da CEDH) — o que significa que a parte deve ter *acesso aos autos de processo*, “*ainda que este direito não esteja consagrado expressamente*”²⁰⁹⁸, e que a devolução dos prazos é um consectário irrevogável da informação inicial imperfeita (v., e.g., *Vacher v. França*, 17.12.1996);

(iii) o *direito de convocar e interrogar testemunhas nas mesmas condições que o “ex adverso”* (artigo 6º, 3, “d”, da CEDH), o que decorre, afinal, da própria isonomia processual; no entanto, não se cuida de um direito absoluto, pois “[o]

²⁰⁹⁶ Cf. Cabral Barreto, *op.cit.*, pp.164 e ss.

²⁰⁹⁷ Aliás, não por outra razão, os ordenamentos processuais civis geralmente estabelecem marcos temporais ou procedimentais para a *estabilização das demandas*, após os quais já não seria possível alterar o pedido ou a causa de pedir (próxima e remota), ou ao menos não sem o consentimento do “*ex adverso*”. No Brasil, veja-se o artigo 264 do CPC: “*Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. **Parágrafo único.** A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo*”.

²⁰⁹⁸ Cabral Barreto, *op.cit.*, p.167.

exame de pertinência da convocação é deixado às autoridades nacionais, que podem recusar a audiência se considerarem que ela não é relevante”, desde que se garanta a paridade de armas (v. *Perna v. Itália*, 06.05.2003).

III. Discute-se, ademais, se a defesa haveria de ser *técnica* ou se a mera defesa pessoal afasta a situação de indefensão; ou, mais complexamente, quais seriam as justas “medidas” de uma coisa e outra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos geralmente reconhece o direito à defesa técnica (por advogado) — e a consequente assistência judiciária gratuita, se necessária — apenas para as causas *penais*²⁰⁹⁹, porque ameaçam os bens jurídicos mais relevantes dos ordenamentos democráticos: a *vida* — onde ainda se admite a pena capital — e a *liberdade ambulatorial*. É o que dispõe, p.ex., o artigo 14, 3, “d”, do PIDCP, o artigo 8º, 2, “d”, do PSJCR e o artigo 6º, 3, “c”, da CEDH (v., *supra*, tópico 10.4). O TEDH compreendeu, ademais, que o contraditório já está garantido se se reservar apenas *ao advogado* o acesso aos autos (*Kamasinski v. Áustria*, 19.12.1989) e a consequente defesa, o que significa *relativizar* a importância da autodefesa²¹⁰⁰, ao ensejo da

²⁰⁹⁹ “Direito”, porém, não quer dizer “indispensabilidade”. Na cena europeia, p.ex., debateu-se qual seria a amplitude do direito à *autodefesa*, igualmente previsto no artigo 6º, 3, “c” da CEDH (“*Defender-se a si próprio [...]*”). CABRAL BARRETO observa que as três garantias preconizadas no dispositivo — a autodefesa, a defesa técnica e a assistência judiciária gratuita — estão ligadas, na versão inglesa do texto convencional, pela disjuntiva “ou” (“*or*”), enquanto na versão francesa a disjuntiva liga apenas as duas primeiras garantias, seguindo-se a conjunção aditiva “e” (“*et*”) para ligar o terceiro elemento, o que parece mais adequado ao autor, na qualidade de ex-juiz do TEDH (*op.cit.*, p.169). De todo modo, a partícula disjuntiva tem cancelado o entendimento de que o acusado **pode optar** pela autodefesa e **dispensar** a defesa técnica, desde que assim deseje — o que, porém, “*não é um direito absoluto, podendo os Estados, pela via legislativa ou por decisão judicial, impor a obrigação de a defesa ser assegurada por um advogado. [...] Os Estados contratantes podem escolher os meios adequados para permitir ao seu sistema judiciário garantir os direitos de defesa, e exigir assim que a representação no processo penal seja assegurada por um advogado*” (*idem, ibidem*). O mesmo se passa, ademais, no sistema americano, à vista do artigo 8º, 6, do PSJCR (disjuntiva “ou”). Eis um aspecto interessante a considerar, quando se perquire a “*Wesenskern*” desta garantia. No Brasil, tem-se há muito afirmado a **indispensabilidade** da defesa técnica por advogado no processo penal, à vista do próprio artigo 133 da CRFB, sempre *ao lado* da autodefesa (veja-se a nota subsequente).

²¹⁰⁰ No caso brasileiro, a doutrina processual penal assentou firme posição de que a *autodefesa* é um consectário indissociável da “*ampla defesa*” (artigo 5º, LV, da CRFB), reconhecendo indefensão se não for possível exercê-la, a par da defesa técnica (cf., por todos, Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, pp.53-54 — antecipando, inclusive, provável inconstitucionalidade material do artigo 87, III, §2º, do projeto de CPP que então se discutia, ao permitir a dispensa judicial do comparecimento de acusado preso em audiência fora da comarca de sua detenção). O STF também o tem reconhecido, “*cum grano salis*”: no HC n. 102109 (2ª T., rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 17.08.2010), afirmou-se **a defesa técnica como um direito irrenunciável e irrevogável**, e apenas ela, de modo a se afastar alegamento de cerceamento de defesa (= indefensão) de condenado que tivera negado o direito de redigir pessoalmente sua defesa técnica, paralelamente à do advogado. O impetrante alegava violação ao artigo 8º, 6, do PSJCR, ao prever o “*direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha*” (g.n.); no

partícula disjuntiva utilizada pela alínea “c” do artigo 6º, 3. A única exceção evidente à correlação processo penal/defesa técnica está na *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos* (a *Carta de Banjul*, de 27.07.1981), cujo direito de defesa, consagrado para toda pessoa que tenha uma causa litigiosa — logo, sem aparentemente distinguir especialidades —, “*inclui o direito a ser assistido por um defensor de sua eleição*” (v. artigo 7º, 1, “c”).

A circunscrição da defesa técnica obrigatória às causas penais foi indiretamente declarada, outrossim, ao tempo da aprovação dos *Princípios Básicos sobre a Função dos Advogados* (no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Havana, 27.08 a 07.09.1990²¹⁰¹), já no princípio n. 01²¹⁰², ao menos em interpretação literal. Isso não significa, por óbvio, que não seja *recomendável* a atuação do advogado em qualquer causa judicial, cível ou penal; revela, entretanto, que o fato de não haver postulação técnico-advocatícia em processos não penais (civis, trabalhistas, administrativos etc.) *não viola* o núcleo intangível da garantia da ampla defesa, “*si et quando*” a autopostulação leiga se exercer em consonância com o poder de conformação do legislador ordinário (i.e., de acordo com as hipóteses legalmente chanceladas, tendencialmente residuais).

Essa questão teve interessantes desdobramentos no Brasil. O artigo 133 da Constituição em vigor dispõe que “[o] *advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”. Nada obstante, tanto em sede processual civil como em sede processual laboral (mas — atenta ao direito das gentes — não em sede processual penal), a legislação brasileira admitia e seguiu admitindo hipóteses de exercício do “*ius postulandi*” por parte leiga. Assim é que, no processo do trabalho, o artigo 791, *caput*, da CLT dispõe que “[o]s *empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do*

entanto, a turma entendeu *indispensável* a defesa feita por advogado, salvo em situações excepcionalíssimas, de modo que a autodefesa do acusado se limitaria ao seu interrogatório e ao comparecimento aos demais atos instrutórios, *não se assegurando qualquer direito de participar da defesa técnica*.

²¹⁰¹ V. Doc. ONU n. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

²¹⁰² *In verbis*: “*Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal*” (g.n.).

Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”²¹⁰³. Na mesma alínea, o artigo 9º, *caput*, da Lei 9.099/1995 estabelece que “[n]as causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”²¹⁰⁴.

Logo após a promulgação da nova Constituição, o STF havia decidido que a CRFB/1988 não revogara as normas legais especiais que autorizam expressamente a prática pessoal de atos processuais pelas partes (v., e.g., STF, HC n. 67.390-2/PR, TP, rel. Min. MOREIRA ALVES, in DJ 06.04.1990²¹⁰⁵). No entanto, a pretexto de adequar a ordem jurídico-processual à nova Constituição, e também para assegurar mercado de trabalho, a advocacia brasileiro logrou fazer aprovar, em 04.07.1994, a Lei n. 8.906/1994 (“*dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*”), cujo artigo 1º dispôs ser atividade *privativa* dos advogados “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” (inciso I). Com isso, ter-se-iam revogado tanto a norma do artigo 791, *caput*, da CLT, basicamente circunscrita aos feitos em tramitação na Justiça do Trabalho, como a norma do artigo 9º, *caput*, da Lei n. 9.099/1995, relativa aos juizados especiais cíveis, universalizando a obrigatoriedade de patrocínio advocatício em qualquer demanda perante o Poder Judiciário. Logo em seguida, a Associação dos Magistrados Brasileiros arguiu perante o STF, com fulcro no artigo 103, IX, da CRFB, a *inconstitucionalidade* do dispositivo, no que eliminava a postulação leiga, por malferir, entre outras garantias processuais, a do *acesso à justiça* (enquanto a OAB contra-

²¹⁰³ A melhor doutrina compreende, no entanto, que essa prerrogativa limita-se às *instâncias ordinárias* (i.e., varas do trabalho e tribunais regionais do trabalho), porque nas instâncias extraordinárias (Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal) discute-se tão só matéria jurídica, reduzindo-se incontornavelmente as possibilidades de êxito da parte leiga em Direito. V., por todos, Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v. II, p.627; e, ainda, Valentim Carrion, *Comentários...*, p.605 (obtemperando que o preceito entranha “uma armadilha que o desconhecimento das leis lhe prepara [ao litigante], posto que ou não é necessitado e poderia pagar [o advogado], ou, sendo-o, teria direito à assistência judiciária gratuita e fácil da L. 1.060/50 (e não à limitada da L. 5.584/70) [...]”). V. também a Súmula n. 425 do C.TST.

²¹⁰⁴ E, nos termos de seu par. 1º, “[s]endo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”.

²¹⁰⁵ In verbis: “**HABEAS CORPUS. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PACIENTE E IMPETRANTE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** A constitucionalização do princípio geral já constante do artigo 68 da lei 4.215/63, e princípio que diz respeito à advocacia como instituição, não lhe deu caráter diverso do que ele já tinha, e, assim, **não revogou, por incompatibilidade, as normas legais existentes que permitem** – como sucede no Habeas Corpus – **que, nos casos previstos expressamente, exerça as funções de advogado quem não preencha as condições necessárias para a atividade profissional da advocacia**” (g.n.).

argumentava com o direito à ampla defesa e, por ele, o direito à postulação técnica). Era a ADI n. 1.127-8/DF, distribuída em 06.09.1994 para o Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, com o deferimento parcial de medida liminar cautelar em outubro do mesmo ano.

Ulteriormente, após intensos debates e históricas intervenções, o Supremo Tribunal Federal terminou compreendendo em sede definitiva, e a nosso ver corretamente, que o artigo 1º da Lei n. 8.906/1994 incorria mesmo em inconstitucionalidade, precisamente ao empregar o vocábulo “*qualquer*” (tornado então ineficaz). *In verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO “JUIZADOS ESPECIAIS”, EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. [...] XIII – Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente” (g.n.).

Com efeito, obrigar o cidadão a se fazer representar por advogado em qualquer ponto do país seria engendrar gargalos insuperáveis em áreas geográficas pouco servidas pela advocacia privada ou, ainda, em nichos nos quais a assistência judiciária gratuita não é efetiva (como segue ocorrendo, dezoito anos depois, com microempreendedores feitos réus na Justiça do Trabalho: amiúde se apresentam sem advogado e geralmente não são alcançados por nenhum convênio de assistência, restando aos casos críticos a sempre incerta nomeação dativa). A partir desse precedente, o TST passou a sufragar sistematicamente a possibilidade legal de postulação pessoal leiga (cf. Súmula n. 425 do TST²¹⁰⁶), como aliás já vinha entendendo, antes mesmo da edição do Estatuto da Advocacia (v., e.g., TST, RR n. 32943/91.2, 4ª T., rel. Min. MARCELO PIMENTEL, *in* DJU

²¹⁰⁶ *In verbis*: “**JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE.** O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

30.10.1992). À vista das condições culturais e socioeconômicas concretas que permeiam os mais variados rincões de um país com proporções continentais, deu-se aqui uma necessária inflexão da norma do artigo 133 da CRFB, a bem da garantia do artigo 5º, XXXV, da Constituição.

Disso tudo se pode concluir que, nos feitos não penais, a postulação técnica não é uma questão de “*Wesenskern*”, mas de proporcionalidade (= limites dialógicos). Deve ser apreciada caso a caso. Há disso um recentíssimo exemplo português. No *affaire Assunção Chaves v. Portugal* (31.01.2012), criança nascida no Hospital de Dona Estefânia (Lisboa), filha de pai brasileiro e de mãe portuguesa, foi confiada à Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, porque o pessoal técnico do nosocômio entendeu haver risco à integridade da menor, ante os problemas de toxicomania, oligofrenia e epilepsia da mãe. Apresentando-se ao Tribunal de Família de Lisboa, os pais não souberam se opor à intervenção pública de modo formalmente adequado e eficiente (embora fosse indubitável o inconformismo), o que culminou com a perda do poder familiar. Como se tratava de hipótese de jurisdição voluntária, não era indispensável a constituição de causídico; mas, às voltas com um procedimento formal repleto de aspectos técnicos, a ausência de advogado prejudicou determinadamente os interesses dos pais em relação ao filho. Diante disso, o TEDH reconheceu a violação do direito de acesso a um tribunal (e assim procedeu porque, como vimos, a CEDH circunscreveu o tratamento dos direitos de defesa à esfera processual penal; mas, a rigor, houve mesmo violação do *direito à ampla defesa* em sede processual civil).

IV. Diante de todos esses elementos, concluimos que **a garantia de conteúdo essencial protege**, no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, **os seguintes conteúdos**:

(1) a oportunidade formal de contraditório mínimo, com possibilidade de influir na decisão judicial;

(2) a **possibilidade formal de informação suficiente** (o que portanto abrange, para fins recursais, o **dever de motivação** dos principais atos decisórios judiciais), tanto em relação às questões de fato como em relação às questões de direito;

(3) o **caráter inflexivelmente acusatório e contraditório do devido processo penal**;

(4) o **direito à defesa técnico-jurídica (exclusivamente no processo penal)**.

No marco desses limites (imanentes), não há margem para ponderações e não cabem inflexões. Acima deles, funcionam os limites dialógicos do “*substantive due process*”.

26.4. O DIREITO AO PROCESSO PÚBLICO

I. Descobrimos no tópico 7.3.2 que a **publicidade** já era um princípio incipiente no processo romano das “*legis actiones*” (PALACIO). Vejamos agora o que ela significa para a processualística contemporânea e quais seriam os seus limites. ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO²¹⁰⁷ observam, com razão, que “*a presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados*”. Essa é uma ideia que ganha força sobretudo no pensamento liberal, ecoando fortemente ao longo da Revolução Francesa e nos séculos subsequentes, pela célebre oração de *l'orateur du peuple*, MIRABEAU (“*Donnez-moi le juge que vous voudrez: partial, corrupt, mon ennemie même, si vous voulez, peu m’importe pourvu qu’il ne puisse rien faire qu’à la face du public*”); ou, mais recentemente, no início do século XX, com o *justice* LOUIS BRANDEIS (“*Sunlight is the best disinfectant*”). Não por outra razão, a garantia da publicidade está assegurada na própria DUDH (artigo 10º) e no PIDCP (artigo 14, 1), como também em várias constituições nacionais (deixando o seu “*locus*”

²¹⁰⁷ *Op.cit.*, pp.64-66.

tradicional²¹⁰⁸, que era o da lei ordinária). É assim, p.ex., no Brasil, em duas passagens constitucionais (artigo 5º, LX, e artigo 93, IX, da CRFB), e também em Portugal (artigo 206º da CRP).

A doutrina distingue, porém, entre os sistemas de *publicidade popular* (ou *plena*) e os sistemas de *publicidade restrita*, em que nem todos os atos processuais são verdadeiramente públicos, a não ser para as próprias partes e os seus defensores, ou para um número reduzido e controlado de pessoas. Com isso, evitam-se os excessos da exasperação publicitária e algumas deformações muito comuns nos dias atuais, caudatárias das facilidades tecnológicas de comunicação, dos serviços de *mass media* e da crescente curiosidade popular pela coisa alheia. Ainda na dicção dos titulares de direito processual da USP,

“[o]s modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas veem-se submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial. [...] Publicidade, como garantia política — cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços de Justiça — não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana”²¹⁰⁹.

Com efeito, essa é uma das possibilidades daninhas mais consistentes, entre as várias oportunizadas pela “potencialidade viral” ou “contagiosa” do processo público (para

²¹⁰⁸ No Brasil, vejam-se os artigos 155 do CPC, 792 do CPP e 770 da CLT.

²¹⁰⁹ Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.65. Exemplo vívido desses riscos aparecem no conhecido caso “Escola-base” (1994): às voltas com denúncias de abuso sexual de menores, a Escola de Educação Infantil Base, de São Paulo, foi fechada no mês de março. Durante dois meses, jornais, revistas e canais de rádio e televisão cobriram intensamente o episódio, apontando seis pessoas como prováveis agressores (entre proprietários, professores e pais de alunos). Todos foram objeto de explícito linchamento moral e alguns tiveram suas residências parcialmente depredadas. A própria escola foi destruída. A autoridade policial, sob o foco da imprensa, dava sinais de austeridade e prejulgamento (em entrevista, chegou a afirmar: “*Nós estamos falando de prova, prova, prova, prova, prova... O inquérito é a prova!*”). Ao final do inquérito policial, todavia, o relatório sugeria o arquivamento do feito, à falta de evidência. Cf., por todos, <http://www.youtube.com/watch?v=033A9C13gGY> (acesso em 13.02.2012), reproduzindo reportagem da TV Cultura (Brasil) sobre o caso.

emprestar, aqui, uma expressão de CAVALLONE²¹¹⁰). Tendo os seus conteúdos despejados sem mínima filtragem nas vias largas da opinião pública, tende a alimentar irracionalismos e a gerar prejuízos para todos: partes (inclusive os próprios demandantes), terceiros, interesse público.

No Brasil, o sistema da publicidade restrita foi eleito pelo legislador processual civil em 1973 (exceto quanto às audiências, publicamente acessíveis, nos termos do artigo 93, IX, da CRFB). O CPC dispõe, em seu artigo 155, par. único, que “[o] *direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite*” (g.n.). No mesmo sentido caminha o artigo 167º, 2, do CPC português: “*A publicidade do processo implica o direito de exame e consulta dos autos na secretaria e de obtenção de cópias ou certidões de quaisquer peças nele incorporadas, pelas partes, por qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou por quem nisso revele interesse atendível*”.

Além dessas restrições gerais e profiláticas, os sistemas processuais também admitem *restrições específicas*, inclusive mais amplas (alcançando até mesmo as audiências), quando as exigirem imperativos de ordem pública, o interesse social ou a própria preservação dos interesses jusfundamentais da pessoa. Essas restrições específicas ora são ditadas pelo legislador ordinário, ora são decididas fundamentadamente pelos juízes, mas de todo modo têm ancoragem constitucional (o artigo 206º da CRP ressalva os casos de “*salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento [dos tribunais]*”, enquanto o artigo 5º, LX, da CRFB ressalva “*a defesa da intimidade ou o interesse social*”²¹¹¹). Ademais, têm inequívoco respaldo

²¹¹⁰ Bruno Cavallone, “*Il Processo come Contagio*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2002, n. 2, pp.581-594. Para evidenciar alguns dos principais riscos sociais que decorrem do processo, o autor arranca da obra de GOETHE (na fala de Mefistófeles, travestido de Fausto): “*Es erben sich Gesetz' und Rechte wie eine ewige Krankheit fort*”...

²¹¹¹ No plano infraconstitucional, o artigo 155 do CPC brasileiro, anterior à CRFB/1988, admite a restrição ampla, inclusive com audiências a portas fechadas, nos casos “*em que o exigir o interesse público*” (inciso I) e naqueles “*que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores*” (inciso II), o que parece conforme ao objetivo constitucional de preservação da intimidade (inclusive familiar). Mesmo em processos sigilosos, no entanto, os terceiros que demonstrem interesse jurídico poderão requerer certidão dos atos processuais que estiverem afetos àquele seu interesse (cf.

internacional, como veremos (v., e.g., o artigo 14, 1, do PIDCP, e o artigo 6º, 1, da CEDH — todos referindo, em modo de limitação dialética, a proteção da pessoa e da vida privada — e, menos explicitamente, o artigo 8º, 13, do PSJCR). Nada obstante, em contradição parcial com esses padrões, o STF decidiu recentemente, no Brasil, que os julgamentos administrativo-disciplinares de *magistrados* devem ser feitos a portas abertas (STF, ADI n. 4638, TP., rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 02 e 08.02.2012), o que foi efusivamente aplaudido pela imprensa nacional²¹¹².

II. No plano internacional, o direito a um juízo público é amplamente percebido como uma garantia essencial de imparcialidade e independência do juiz e do processo judicial; além disso, é visto como a melhor técnica para manter a confiança pública nos sistemas de administração de justiça²¹¹³. Essa garantia inclusive engendraria, para certa doutrina, alguns *direitos difusos* exercitáveis por qualquer do povo. É o que se lê, p.ex., no artigo 9º, “b”, da *Declaração sobre os Defensores de Direitos Humanos*²¹¹⁴, aprovada pela

Antonio Carlos Marcato [org.], *Código...*, pp.410-411, com os comentários de NELTON DOS SANTOS). Hipóteses semelhantes de restrição à publicidade popular encontram-se no processo penal, tanto na fase processual, *ut* artigo 792, §1º, do CPP (quando a publicidade das audiências puder provocar “*escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem*”), como na fase pré-processual, a teor do artigo 20 do CPP (pelo qual “[a] autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”). A despeito de controvérsias recentes, parece-nos que mesmo o sigilo dos inquéritos policiais atende à tutela constitucional do interesse público e da própria dignidade da pessoa (a quem favorece, até a condenação definitiva, a presunção de inocência). Está, ademais, em consonância com certo padrão internacional: no âmbito da CEDH, p.ex., o TEDH decidiu que, havendo audiência pública perante um juízo ou tribunal (como de regra haverá, se do inquérito derivar um processo penal), dispensa-se a publicidade perante autoridades administrativas (*Håkansson e Stureson v. Suécia*, 21.02.1990).

²¹¹² Cf., por todos, *Folha de S. Paulo*, “*Tribunais à luz do dia*” (Editorial), 11.02.2012, p.A-2: “*Nenhuma decisão pública deve estar a salvo do exame dos cidadãos. O princípio, quase um truismo, nem sempre é obedecido. Ficaram célebres, no regime militar, os “decretos secretos” — uma clara contradição em termos. [...] A prática de julgamentos em segredo, como os que até agora protegiam do conhecimento geral processos envolvendo magistrados, a rigor não guardava diferenças com a antiga aberração ditatorial. [...] Só por excesso de zelo corporativo alguém poderia dizer que, com tais notícias, desmoraliza-se o prestígio da magistratura. Como em qualquer atividade humana, o risco de favorecimento e injustiças também está no Judiciário. A confirmar-se a suspeita, o que viria a ferir a ética pública seria o deslize do juiz, não a divulgação de que esteja sendo investigado*”. Exalta-se, pois, o interesse público, com raso conhecimento — logo pela imprensa — de que a exasperação da publicidade pode levar a linchamentos morais irreparáveis (*supra*, nota n. 2109). Daí a correta ilação do Min. LUIZ FUX, que votava contra a ampla publicitação dos julgamentos colegiados em tais feitos: “*Pode se alegar o interesse público da transparência, que colide com um princípio basilar, que é o respeito à pessoa humana. Será que o interesse público sobrepuja qualquer interesse privado?*”. Quer-se crer que não, ou nem sempre. A tese de FUX, no entanto, foi vencida por oito votos a dois. Isoladamente, ademais, o Min. LEWANDOWSKI registrava que situações excepcionais poderiam ser vistas (revistas?) à luz da Constituição.

²¹¹³ Amnistia, *Juicios justos*, p.91. V. também TEDH, *Pretto et al. v. Itália*, 08.12.1983.

²¹¹⁴ Ou, no texto oficial, “*Declaração sobre o direito e o dever de os indivíduos, os grupos e as instituições promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos*”.

Assembleia Geral da ONU em 09.12.1998 (Resolução n. 53/144): todos têm o direito, individualmente ou em associações com outros, “[d]e *comparecer às audiências, diligências e julgamentos públicos, de forma a formar uma opinião sobre a conformidade dos mesmos com a lei nacional e as obrigações e compromissos internacionais aplicáveis*”. E, para tanto, entre os requisitos para um juízo público estão, segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU (cf. CDH, *Van Meurs v. Países Baixos*, 13.07.1990), (a) a informação da hora e do lugar em que o processo admitirá apreciação oral e pública (e.g., as audiências), a cargo dos juízos e tribunais, que (b) também devem facilitar, dentro de limites razoáveis, a assistência do público interessado. O próprio *direito de acesso à imprensa* é em princípio reconhecido, na linha dos sistemas de publicidade popular, mesmo porque restringir apenas o acesso de jornalistas às salas de audiência poderia significar restringi-las a uma “*determinada categoria de pessoas*” (CDH/ONU²¹¹⁵), o que não se admite. No TEDH, de outra sorte, compreende-se que a garantia da publicidade já está satisfeita se as questões de fundo foram examinadas publicamente em ao menos *um juízo ou tribunal*, ainda que nas demais fases e/ou perante os demais órgãos já não haja semelhante abertura (*Jan-Åke Anderson v. Suécia*, 29.10.1991); deverá haver direito a debates públicos, entretanto, mesmo perante cortes superiores, se ali se admitirem novas questões de fato (*Fredin v. Suécia*, 23.02.1994).

Os cuidados com a exasperação da publicidade também constituem, entretanto, um padrão internacional. O PIDCP, p.ex., estabelece a publicidade dos julgamentos (artigo 14, 1), mas transige com o sistema de publicidade restrita, dispondo que a imprensa e o público podem ser excluídos de parte ou da totalidade do processo, quando o exigirem a moralidade, a ordem pública e a segurança nacional em uma sociedade democrática (logo, não as restrições que dimanavam das “doutrinas de segurança nacional” próprias dos regimes autoritários), ou ainda os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo, ou ainda, “*na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal*” (= proporcionalidade), quando a publicidade puder ser prejudicial para os próprios interesses da justiça. Ressalva, porém, o *resultado* do processo, seja penal ou civil contencioso: “*toda sentença em matéria penal ou contenciosa será pública, a menos que o interesse de*

²¹¹⁵ Amnistía, *Juicios justos*, p.92.

menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores”. Na mesma linha segue o artigo 6º, 1, da CEDH, praticamente reproduzindo, nessa parte, o texto do PIDCP, exceto quanto à publicidade das sentenças. Em todo caso, porém, os preceitos restritivos devem desafiar *interpretação estrita*²¹¹⁶ (no que isso seja possível, já que normalmente se trata de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados).

Nessa linha, há restrições legítimas à garantia da publicidade processual, como também há restrições às restrições (“*Schrankenschränke*”). A Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendeu, p.ex., que era lícita, à luz do artigo 6º, 1, do CEDH, a exclusão do público e da imprensa nas audiências relacionadas a delitos sexuais praticados contra menores (*X v. Áustria*, 30.04.1965 — não publicado). Essa é, aliás, uma premissa de razoabilidade/proporcionalidade que nos parece aplicável até mesmo aos processos-crime envolvendo vítimas *adultas* sexualmente violadas, considerando-se os deléteiros efeitos do “*strepitus iudicii*” (a revitimizar os ofendidos) e o interesse privado e público na preservação de direitos fundamentais (“*in casu*”, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem) — a não ser, é claro, que as próprias vítimas elejam um julgamento público. Da mesma forma, o TEDH entendeu que considerações de segurança e ordem pública justificavam a exclusão da imprensa e do público durante audiências realizadas nos procedimentos disciplinares conduzidos em estabelecimento penitenciário inglês contra dois detentos apenados; de outro modo, o ônus para o Estado seria desproporcional, tanto fosse para recepcionar o público dentro da unidade prisional, como fosse para conduzir os apenados a espaços públicos exteriores e ali proceder às instâncias cabíveis (*Campbell e Fell v. Reino Unido*, 28.06.1994²¹¹⁷).

Por outro lado, o CDH/ONU e também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos consideraram *ilegítimos*, por violarem a garantia jusfundamental da publicidade

²¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

²¹¹⁷ O julgado admite que, em casos extremos, até mesmo as comunicações entre o detento e seus advogados, na modalidade de *visitas*, sejam controladas e inclusive restringidas, a bem da segurança pública (“*Comme le souligne la Commission, des considérations de sécurité pourraient justifier certaines restrictions aux visites des avocats aux prisonniers*”). Trata-se de um dado importante, especialmente em países nos quais o sistema penitenciário abrigue organizações criminosas com atuação dentro e fora dos muros dos presídios (e.g., o Brasil).

processual, os chamados “*juicios secretos*” que se instauraram no Peru e na Colômbia, ao ensejo da “*persecutio in iudicio*” em delitos relacionados ao terrorismo e ao narcotráfico. No Peru, não apenas o acesso aos autos e às audiências foi negado ao público e à imprensa (em primeiro grau e nas apelações e revisões), como também se procederam a julgamentos em locais especiais, ante juízes sentados atrás de telas que lhes ocultavam a identidade. Esses juízes não eram identificados por nomes, mas por números, e não subscreviam os atos processuais praticados (o que lhes valeu a alcunha de “*jueces sin rostro*”). A Colômbia adotou um modelo muito semelhante. Ambos os países foram conclamados a abandonarem tais práticas pelas instâncias internacionais humanitárias. O Peru aboliu oficialmente a figura dos “*jueces sin rostro*” em 1997, mas os delitos relacionados à prática de terrorismo seguem julgados a portas fechadas, em tribunais militares ou mesmo em prisões civis. Por vezes, a restrição à publicidade é tão flagrantemente imprópria que passa a prejudicar o *direito alheio* de acesso à justiça. No Chile, por ocasião de sessões secretas de um tribunal militar que processava membros do exército por crimes de homicídio e lesões corporais graves contra civis, o grau de segredo impedia que os próprios advogados das vítimas acessem aos elementos do processo, permitindo às autoridades militares um controle quase absoluto sobre as provas apresentadas²¹¹⁸.

²¹¹⁸ Cf. Amnistía, *Juicios justos*, p.93. No Brasil, a recente Lei n. 12.694, de 24.07.2012, dispõe de modo inédito que, “[e]m processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual” (g.n.), especialmente as sentenças, as decretações de prisão ou medidas assecuratórias, as apreciações de pedidos de liberdade provisória e revogação de prisão e as decisões judiciais sobre progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, sobre livramento condicional, sobre transferência de presos para estabelecimentos prisionais de segurança máxima e sobre inclusão de presos em regime disciplinar diferenciado (artigo 1º). O colegiado será formado pelo juiz originalmente competente para a causa e por outros dois escolhidos por sorteio eletrônico (artigo 1º, §2º), limitando-se a sua competência ao ato para o qual foi convocado (§3º) — dispositivos inseridos com a expectativa de se resguardar minimamente a garantia do juiz natural. A condição para a instauração do colegiado criminal é, ademais, a de que o juiz indique “os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional” (§1º); e, uma vez instaurado, “[a]s reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial” (§4º), restringindo-se a publicidade dos atos presenciais, mas não a das identidades: **a nova lei não permite o anonimato judiciário no processo**, conquanto o admita parcialmente em outras circunstâncias (e.g., na redação do novel parágrafo 7º acrescido ao artigo 115 da Lei n. 9.503/1997, pelo qual, “[e]xcepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN” [g.n.]).

Quanto à segurança nacional, aliás, a própria comunidade internacional vem tentando cercá-la conceitualmente, de modo a prevenir os arbítrios retóricos que a história recente legou-nos. Assim é que se lê, entre os *Princípios de Johannesburgo sobre Segurança Nacional, Liberdade de Expressão e Acesso à Informação*²¹¹⁹ (outubro de 1995) o seguinte:

“Princípio 1: Liberdade de Opinião, Expressão e Informação. (a) Todas as pessoas têm o direito a ter opiniões sem interferência. (b) Todas as pessoas têm o direito à liberdade de expressão, que inclui a liberdade de procurar, receber e comunicar informação e ideias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, oralmente, por escrito ou impressas, em forma de arte ou através de outros meios da sua escolha. (c) O exercício dos direitos previstos no parágrafo (b) poderão estar sujeitos a restrições por razões específicas, tal como disposto no direito internacional, incluindo razões de protecção da segurança nacional. (d) **Nenhuma restrição à liberdade de expressão ou informação poderá ser imposta, invocando razões de segurança nacional, a não ser que o governo consiga demonstrar que a restrição está prevista na lei e é necessária numa sociedade democrática para proteger os legítimos interesses da segurança nacional.** A responsabilidade da demonstração da validade da restrição compete ao governo.

[...]

“Princípio 1.2: Protecção de um Interesse Legítimo para a Segurança Nacional. Toda e qualquer restrição à liberdade de expressão ou informação que um governo procure justificar com base na segurança nacional deve ter a finalidade genuína, e o efeito demonstrável, de proteger um interesse legítimo para a segurança nacional.

“Princípio 1.3: Necessidade da Restrição numa Sociedade Democrática. Para provar a necessidade da restrição à liberdade de expressão ou informação para protecção de um interesse legítimo de segurança nacional, um governo deve demonstrar que: (a) a expressão ou informação em questão coloca uma grave ameaça a um interesse legítimo para a segurança nacional; (b) a restrição

²¹¹⁹ “*The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*”, adotado em 1995 durante reunião convocada pelas organizações *Article 19: International Centre Against Censorship* e *Centre for Applied Legal Studies* da Universidade de Witwatersrand (África do Sul). O documento foi apresentado à sessão do CDH em Genebra, no ano de 1996, por ABID HUSSAIN, Relator Especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Opinião e Expressão, e a partir de então tem sido publicamente recomendado pela ONU (Doc. n. E/CN.4/1996/39).

imposta é o meio menos restritivo possível de proteger aquele interesse; e (c) a restrição é compatível com os princípios democráticos [= limites dialógicos].

[...]

“Princípio 2: Interesse Legítimo para a Segurança Nacional. (a) Uma restrição que se procure justificar com base na segurança nacional não é legítima a não ser que o seu **objectivo genuíno e efeito demonstrável** sejam **proteger a existência dum país ou a sua integridade territorial contra o uso ou ameaça de força, ou a sua capacidade de responder ao uso ou ameaça de força**, quer originários de uma fonte externa, tal como uma ameaça militar, quer de uma fonte interna, tal como o incitamento à deposição violenta do governo. (b) Em particular, uma restrição que se procure justificar com base na segurança nacional não é legítima se o seu objectivo genuíno ou efeito demonstrável for proteger interesses não relacionados com a segurança nacional, por exemplo, proteger um governo de embaraços ou de exposição de actos lesivos de sua autoria, ou esconder informação sobre o funcionamento das suas instituições públicas ou defender uma ideologia particular ou suprimir greves” (g.n.).

III. Assim, e pelo quanto exposto, entendemos que **a garantia de conteúdo essencial protege**, no que diz respeito à publicidade processual, **os seguintes conteúdos**:

(1) a vedação de juízos secretos (i.e., processos que não admitam qualquer tipo de acesso público à sua identidade alfanumérica, a seus atos processuais, a seus andamentos, a suas audiências e a seus resultados)²¹²⁰;

(2) o carácter público do processo em seu estado natural (o que significa que nenhuma espécie processual poderá ser “*prima facie*” sigilosa; mas para além desse limite, ante as necessidades mais concretas de restrições, caberão os juízes de proporcionalidade).

²¹²⁰ Mesmo nos casos que desafiam os maiores cuidados com o interesse público ou a salvaguarda da pessoa (como são, *e.g.*, os já reportados processos criminais envolvendo delitos sexuais contra crianças), sendo inequívoco o dever de preservar *absolutamente* o nome das vítimas e *consideravelmente* a informação atinente a fatos e circunstâncias, o processo ao menos deverá integrar publicamente o espólio processual da unidade, com número e andamentos minimamente acessíveis. E, para mais, convirá sempre dar público acesso à decisão ou despacho judicial que vaza as *razões essenciais* da restrição à publicidade processual.

Como se percebe, não incluímos entre esses conteúdos de “*Wesenskern*” a *vedação do anonimato judicial* (i.e., a proibição dos “*jueces sin rostro*”). Com efeito, não estamos inteiramente convencidos de que, sob circunstâncias absolutamente excepcionais, o primado da ordem pública, associado às garantias de independência judicial — o que pressupõe tranquilidade e segurança para o ato de julgar — e às próprias garantias pessoais dos magistrados (como, no limite, o seu direito fundamental à vida e à integridade física), não autorize julgamentos sob identificação não nominal de magistrados (como, *e.g.*, as identificações numéricas peruanas). Talvez seja melhor preservar identidades e garantir acessos públicos controlados a audiências — que exigem uma mobilização *concentrada e momentânea* das forças públicas de segurança (a fim de evitar, *e.g.*, fugas, distúrbios ou atentados) —, do que dar publicidade plena à identidade da autoridade julgadora e subsequentemente protegê-la em todo lugar e momento, indefinidamente, até a sua reforma (o que, a uma, tende a estar além das capacidades do Estado; e, a duas, sacrifica o agente público pela supressão larga e duradoura da sua privacidade e pelas incertezas da vida pós-aposentadoria). Por outro lado, a ocultação da identidade de juízes obviamente revela temor “institucionalizado” e, portanto, tibieza estatal. De um modo ou outro, se as possibilidades de ponderação instilam-nos dúvidas a respeito, temos de concluir, por lógica comezinha, que a hipótese *admite ponderações*; logo, estamos no terreno dos limites dialógicos, não dos imanentes. Daí a omissão.

26.5. O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

I. No Brasil, com o advento da EC n. 45/2004, inseriu-se no artigo 5º da CRFB, que reúne as principais garantias individuais constitucionalmente positivadas, o seu atual inciso LXXVIII. Por ele, está garantido a todos, no âmbito *judicial* e *administrativo*, “*a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” Há, pois, duas ideias subjacentes ao preceito, que em nossa opinião não se confundem: a de **duração razoável do processo** e a de **celeridade processual**. Como sustentamos alhures, recorrendo sobre as minirreformas do processo civil brasileiro de meados da década passada (2005/2006), o princípio da celeridade processual, que no Brasil ganhou recente

status constitucional (artigo 5º, LXXVIII, 2ª parte, da CRFB), diz com a *brevidade cronológica* do procedimento (= dado objetivo), enquanto o princípio da duração razoável (artigo 5º, LXXVIII, 1ª parte) diz com a *razoabilidade do tempo processual* e com a *racionalidade processualística* (= dado axiológico); sob certas condições, um e outro podem inclusive se contrapor²¹²¹. Suponha-se, p.ex., um litígio complexo cuja composição, para ser justa, pressuponha razoavelmente uma duração maior na linha do tempo: julgar com a máxima rapidez possível, sem atentar para a necessidade de uma colheita cuidadosa de provas ou mesmo de uma maior maturação de teses e proposições jurídicas, poderia simplesmente comprometer o conteúdo de justiça material do julgado²¹²². No rigor de sua funcionalidade, e conquanto formalmente apareça entre as típicas garantias instrumentais do processo contemporâneo, a duração razoável termina sendo, afinal, mais uma questão de “*substantive due process*” do que propriamente de “*procedural due process*”. A *celeridade* é, sem dúvida, um seu elemento; mas certamente não a esgota.

A garantia da duração razoável do processo demonstra muito claramente um sintoma que vínhamos já de apontar *supra* (tópico 26.1, n. IV): os direitos processuais fundamentais evoluíram, em um par de séculos, de *direitos de liberdade* (i.e., de não intervenção do Estado, que deveria simplesmente arbitrar o jogo entre as partes e ao final declarar a vontade do legislador para o caso) para *direitos de prestação*. Um processo de duração razoável, em tempos de taxas ascendentes de crescimento demográfico, plenitude de acesso aos tribunais e expansão da consciência jurídica das populações (o que significa, na ponta judiciária, incremento maciço de demandas), não é absolutamente um objetivo que se logre perseguir com a mera omissão do Estado, nem uma realidade tendencial para a qual caminhem os processos quando livres de interferências indevidas. Para se alcançar tal

²¹²¹ G. G. Feliciano, “O ‘novíssimo’ processo civil...”, *passim*. Em sentido semelhante, cf. ainda Manoel Antonio Teixeira Filho, *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, São Paulo, LTr, 2005, pp.25-26.

²¹²² Daí porque algumas das “filosofias” implementadas pelo CNJ na sua função de gestão estratégica do Poder Judiciário — p.ex., a das *metas de produtividade* (assim, e.g., a “meta n. 02” de 2009, que propunha, entre outras nove metas, “[i]dentificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005”) — serão antes *antifilosofias judiciárias* se, levadas às últimas consequências, implicarem em julgados céleres e inteligíveis, mas destaviados de qualquer compromisso com a decisão *justa*, como que em linhas de produção de estilo fordista. Se ao longo de uma década os números apontarem aumento vertiginoso de ações julgadas improcedentes, ter-se-á sério indício de que a opção estratégica por uma política de metas não terá sido bem-sucedida, ao menos nesse ponto (que, afinal, é e deve ser o mais relevante).

objetivo, os Estados democráticos têm de fazer investimentos orçamentários e traçar políticas sérias de gestão (para o que no Brasil se criou, aliás, o CNJ — v. tópico 22.2, n. VI, e nota n. 2122, *supra*).

Não por outro motivo, a EC n. 45/2004 introduziu no texto constitucional, em paralelo à inserção literal do princípio da duração razoável, a norma-regra do artigo 93, XIII, pela qual “*o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população*”, o que implica investimentos públicos para o aumento do aparato judiciário, diante da inegável carência de quadros e de estrutura no Poder Judiciário brasileiro na correlação com a sua demanda. De fato, a expansão de unidades e quadros é crucial para a obtenção de um processo mais célere e efetivo. Sem ela, condena-se o serviço judiciário à fadiga estrutural, mais cedo ou mais tarde. Mas o crescimento não é panaceia “*in se*”; e, ademais, encontra limites econômico-financeiros evidentes. Ilustra-os bem a justa consideração de ARAKEN DE ASSIS (focada na justiça estadual sul-rio-grandense):

“a justiça do Rio Grande não pode ser mais que a economia do Rio Grande. E é possível precisar seu custo à sociedade. Basta dividir o orçamento anual do Poder Judiciário gaúcho — previsto em R\$ 1.400.000.000,00 para o ano de 2006 — pelo número de juízos. [...] Feita a operação, não sem o risco de alguma simplificação do problema — o litígio, em si, e a demora em resolvê-lo também provocam custos sociais dignos de registro —, constatar-se-á que cada juízo custa à sociedade rio-grandense a expressiva soma de R\$ 2.000.000,00. Se acrescentarmos à conta os orçamentos do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Procuradoria do Estado, da Polícia Civil, da administração dos presídios, e — porque utilizada nas funções de polícia judiciária — da Polícia Militar, os custos do aparato judiciário, no sentido largo do termo, deixará de provocar escândalo tão-só entre os economistas. O constrangimento se torna geral. A mera dobra do número de juízos dependeria de acréscimos à arrecadação e elevação da já asfíxiante carga tributária”²¹²³.

²¹²³ Araken de Assis, “*Duração razoável do processo e reformas da lei processual*”, in *Processo e Constituição*, Luiz Fux *et al.* (coord.), p.201. O autor, que outrora defendia a necessidade de expansão proporcional da estrutura judiciária (cf. Araken de Assis, “*O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário*”, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, v. 43, pp.09-19), hoje a combate, depositando fichas nas reformas da legislação processual. De nossa parte,

Essa discussão é, afinal, a grande novidade que a evidenciação constitucional do princípio poderia carrear ao panorama brasileiro. Porque a duração razoável em si mesma, como valor processual dirigente, já estava indiretamente consagrada na ordem jurídica nacional, à vista da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica (que acolheu a garantia no seu artigo 8º, 1), em 25.09.1992, e a permeabilidade do sistema constitucional às normas internacionais de direitos fundamentais (artigo 5º, §2º, da CRFB); e, ainda que assim não fosse, estaria implicitamente contida na própria “*due process clause*” (artigo 5º, LV), presente na carta desde a sua promulgação. Assim, o melhor papel que a positividade constitucional da duração razoável poderia cumprir, àquela altura (2004), era mesmo o de corroborar um valor jusfundamental, revigorar a função normogenética do princípio (até então implícito) e, acima de tudo, apontar às autoridades constituídas o gargalo óbvio: no limite, as dificuldades em torno da duração razoável, no Brasil e no mundo, enfrentam os mesmos desafios que a doutrina constitucional há décadas enuncia no campo dos direitos sociais fundamentais — a *reserva do possível*²¹²⁴.

II. Na cena internacional, o direito à duração razoável do processo — ou, o que é o mesmo, o direito a um processo sem dilações indevidas — tanto está garantido nos textos normativos gerais (e.g., artigo 14, 3, da PIDCP, artigo 8º, 1, do PSJCR, artigo 6º, 1, da CEDH — v., *supra*, o §19º —, artigo 7, 1, “*d*”, da Carta Africana e artigo 67, 1, “*c*”, do Estatuto do TPI) como até mesmo nos textos normativos especiais (e.g., artigo 21, 4, “*c*” do Estatuto do TPI para a ex-Iugoslávia e artigo 20, 4, “*c*”, do Estatuto do TPI para Ruanda). A garantia não se limita, ademais, à tramitação do processo em si, mas também ao seu início: tanto não pode haver demora desarrazoada para a *conclusão* do processo (i.e., no julgamento do caso), como não pode haver demora desarrazoada para a sua *instauração* (o

compreendemos que *ambas as políticas* são necessárias para a garantia de um padrão adequado nos serviços judiciários em geral; eleger uma e esquecer a outra é conceber um projeto de futuro claudicante.

²¹²⁴ Sobre a reserva do possível, cf. *BVerfGE* 33, 303 (sobre a limitação de vagas para os cursos de medicina nas universidades públicas de Hamburgo e Munique, em que se digladiaram o direito fundamental do artigo 12, 1, da *GG* e a política alemã de contenção de vagas de 1960), vertendo a sua base jurisprudencial mais relevante no contexto europeu. Na doutrina brasileira, cf. Fernando Facury Scaff, “*Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*”, in *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, jul./ago. 2005, v. 7, n. 32, pp.220 e ss. Ao mais, narrando dificuldades muito semelhantes no sistema judiciário alemão (em que o número de processos cresceu de 1,3 milhão para 2,1 milhões, entre 1980 e 1993, nos *Länder* da República Federal da Alemanha), cf. Gerhard Walter, “*Cinquanta anni...*”, p.47.

que envolve, inclusive, o tempo útil dos procedimentos judiciais ou administrativos preparatórios). Estima-se, ademais, que, no processo penal, a celeridade do processo (ou “particular diligência”) tem maior prioridade, especialmente se se trata de réu preso (v., e.g., *Neumeister v. Áustria*, 27.06.1968; *supra*, §19º, n. VI), ante a supressão do “*ius libertatis*” e o potencial estigmatizante das prisões; logo, nas prisões cautelares processuais penais, o excesso do prazo processual razoável impõe que o acusado seja posto em imediata liberdade, sem prejuízo do seguimento do processo. Mede-se o prazo do momento em que o suspeito toma ciência da intenção da autoridade de acusá-lo — o que pode se dar (e em geral se dá) inclusive *antes* da denúncia formal à justiça criminal — até o momento do trânsito em julgado da sentença correspondente. Nesse sentido, a garantia da duração razoável associa-se, no campo do devido processo penal, ao direito à liberdade, à presunção de inocência e ao direito de defesa; e, pela irrenunciabilidade inerente a todos esses direitos, a celeridade sequer depende de requerimento formal ou informal do acusado, sendo antes dever de condução inerente à função dos juízes penais²¹²⁵.

Em geral, a prova da dilação indevida incumbe ao interessado. Mas, uma vez demonstrada, entende-se vulnerado “*ipso facto*” o direito fundamental ao devido processo, ainda que não se prove, em decorrência da demora, determinado prejuízo de ordem jurídica, moral ou econômica. Já quanto à definição mesma do que seja um “prazo razoável”, a CDH compreende que a resposta está inseparavelmente ligada às circunstâncias do caso particular (= proporcionalidade). No entanto, tomam-se em consideração alguns referenciais mais ou mesmo óbvios: **(a)** os prazos das legislações nacionais; **(b)** a conduta e a condição pessoal da parte processual (assim, no processo penal, se o réu está ou não detido); **(c)** a conduta mais ou menos diligente das autoridades; e **(d)** a complexidade concreta da lide. À vista desses pontos de fuga é que se desenha, sempre em perspectiva, o padrão de duração razoável. Por isso mesmo, “*juízos que se prolongaram por até dez anos foram considerados razoáveis [pela CDH], enquanto que o prazo de outros, com uma duração menor que um ano, constituíram dilação indevida*”²¹²⁶. O próprio TEDH considerou razoável a duração de oito anos e meio, no primeiro grau, para um processo-

²¹²⁵ Aministía, *Juicios justos*, pp.104-105.

²¹²⁶ *Idem*, p.105.

crime que envolvia 723 acusados e 607 delitos; nada obstante, reputou desarrazoada a demora subsequente: três anos para que o tribunal marcial emitisse por escrito a fundamentação de sua sentença e outros seis anos para o julgamento dos apelos nos tribunais (v. *Mitap e Müftüoğlu v. Turquia*, 25.03.1996).

A *complexidade* ganha especial relevo, na esfera penal, quando se examinam delitos econômicos ou de tráfico de drogas com vários acusados, casos com ramificações internacionais, assassinatos em série e organizações terroristas²¹²⁷. Essa linha de tendência permite desdobrar, para o processo civil, algumas razões objetivas que justificam maior demora processual: *litisconsórcios numerosos ou multitudinários, casos cíveis com ramificações internacionais* e, acrescentamos, *questões cíveis de elevada complexidade*, mais do ponto de vista *fático-probatório* (e.g., causas que demandam perícias genéticas de alta especialidade, extensas traduções documentais, exumações etc.) e menos do ponto de vista jurídico (que, todavia, também deve ter seu peso). Já quanto à *conduta da parte*, obviamente dela não se podem esperar confissões ou capitulações, notadamente no processo penal (afinal, entre suas garantias fundamentais também está a de não se autoacusar: “*nemo tenetur edere contra se*”). Chegou-se mesmo a afirmar que o dever de cooperação praticamente *não existe* no processo penal (v., e.g., TEDH, *Dobbertin v. France*, 25.02.1993; e, dois anos depois, *Yagci e Sargin v. Turquia*, 08.06.1995²¹²⁸); o que não significa, por outro lado, que o réu possa *obstruí-lo*²¹²⁹. No entanto, se as dilações processuais podem ser imputadas sobretudo à conduta do acusado (e.g., recusa de advogado dativo associada à demora em indicar um constituído, não comparecimento imotivado às audiências, arrolamento de testemunhas longínquas e irrelevantes, peticionamento excessivo e inócuo etc.), não se admite que depois se queixe de violação à garantia da

²¹²⁷ *Idem, ibidem.*

²¹²⁸ *In verbis*: “La Cour rappelle que l'article 6 (art. 6) ne demande pas une coopération active de l'accusé avec les autorités judiciaires [...]. Au demeurant, on ne saurait blâmer les accusés d'avoir tiré pleinement parti des ressources offertes par le droit interne pour assurer leur défense. Même si le nombre élevé des avocats présents aux audiences et l'attitude de ceux-ci à l'égard des mesures de sécurité ralentissent d'une certaine manière la marche de l'instance, ces circonstances ne sauraient à elles seules expliquer la durée litigieuse” (§66 [g.n.]).

²¹²⁹ *In verbis*: “Elle constate, avec la Commission, que le comportement des intéressés et de leurs avocats lors des audiences ne semble pas révéler une volonté d'obstruction” (*Yagci e Sargin v. Turquia*, §66). Disso extraímos, afinal, que *subsiste* um princípio de cooperação no âmbito do processo penal, ainda que mitigado. Não poderia ser diferente, aliás, na perspectiva de uma Teoria Geral do Processo (v., *supra*, tópico 7.3.3, n. II).

duração razoável. Essa condição torna-se ainda mais verdadeira nos processos civil e laboral, ante a força do princípio da cooperação processual em seu âmago.

III. Os elementos acima permitem afinal concluir que, à vista da sua própria essência dialógica — não se trata, com efeito, de “duração *breve* do processo”, mas de “duração *razoável* do processo”, o que implica necessariamente considerar pontos externos de referência —, não há como localizar, neste caso, um “*Wesenskern*” irredutível. A garantia da duração razoável estará *sempre* sujeita a juízos de proporcionalidade, sem os quais não será possível reconhecer a sua dimensão para o caso concreto (e, por conseguinte, as correspondentes violações). Portanto, **seus limites são sempre dialógicos** (e jamais imanescentes).

A universalização dessa premissa não traz, de resto, qualquer contradição interna aos sistemas constitucionais que positivaram a garantia de conteúdo essencial (como Alemanha, Espanha e Portugal). A “*Wesenskern*” *deve ser pensado, em sede jurídico-processual, na perspectiva da macrogarantia do processo equitativo* (“*procedural due process*”), que possui vários núcleos deontológicos intangíveis (catorze deles identificados nos tópicos anteriores); não na perspectiva de cada uma de suas manifestações. A *aferição* é atomizada (§25º, n. V), mas a *garantia* é global.

III

A TUTELA PROCESSUAL DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUAS INFLEXÕES NO DEVIDO PROCESSO FORMAL

Capítulo 1

Casuística de inflexões formais no processo

PARTE III

A tutela processual de direitos humanos fundamentais e suas inflexões no devido processo formal

CAPÍTULO 1

CASUÍSTICA DE INFLEXÕES FORMAIS NO PROCESSO

§ 27º. INFLEXÕES BASAIS NA COMPETÊNCIA E NO DIREITO DE AÇÃO

27.1. INFLEXÕES DE COMPETÊNCIA MATERIAL

I. Pode-se definir a **competência** como sendo a *capacidade especial objetiva* dos órgãos jurisdicionais (CHIOVENDA²¹³⁰), i.e., a “medida da jurisdição”, pela qual se organizam objetiva e racionalmente os limites do poder jurisdicional em cada um dos órgãos investidos de jurisdição. Assim, a competência de um órgão jurisdicional é “*a parte do poder jurisdicional que [ele] pode exercitar*”, sendo certo que esses limites se estabelecem por critérios de diversa natureza: por *matéria* — hipótese que agora de perto nos interessa — ou por valor (= critério objetivo), por território (= critério territorial), por hierarquia ou função (= critério funcional) e ainda por conexão ou continência (que na verdade não perfazem um critério de competência, mas vínculos objetivos que se estabelecem entre demandas e que aconselham a união dos respectivos processos). Na correta percepção de CHIOVENDA, os critérios de distribuição da jurisdição têm hoje, com as mudanças experimentadas nas bases do Estado moderno, na formação dos

²¹³⁰ Chiovenda, *Principios...*, t. I, p.625.

funcionários judiciais e na própria diferenciação de graus de jurisdição, um significado inteiramente diverso daquele que tiveram no passado: hoje, as hipóteses de competência antes definem a *extensão de um poder* que propriamente o limite de um direito²¹³¹. Noutras palavras, debater competência é antes debater os *limites* da atuação do Estado-juiz, a bem da salvaguarda da pessoa humana contra ingerências indevidas da autoridade, do que debater “prerrogativas” de juízes ou magistrados. Logo, é um elemento de racionalidade e contenção que historicamente se agregou à ideia de “*procedural due process*” (como aliás já demonstramos, ao discorrer sobre a garantia do juiz natural — *supra*, tópico 26.2).

A ser assim, porém, admitem-se inflexões nas próprias *regras de competência* postas pelo legislador infraconstitucional ou mesmo constitucional? Diante da intrínseca conexão entre o instituto da competência e a própria garantia do juiz natural (= juiz previamente investido, *competente* e imparcial), essas inflexões são constitucionalmente legítimas? E, afinal, são mesmo inflexões?

II. Se tomarmos as inflexões por *restrições admissíveis à cláusula do devido processo legal formal* (assim entendida a garantia jufundamental a um procedimento prévio, público e legal-formal e a um processo justo, equânime, efetivo e de duração razoável), como consideramos (*supra*, §2º, n. III, “ζ”), concluiremos que, *a depender dos interesses materiais em causa*, tais inflexões serão admissíveis, ainda que em via excepcionalíssima, mesmo no campo das competências — e, em especial, no da *competência material*, que goza de máxima importância entre os diversos critérios competenciais:

²¹³¹ *Idem*, p.627. A ilação torna-se mais clara adiante, quando o autor discorre sobre a competência territorial: “Aun cuando la mayor parte de estos fueros deriven del pasado, la distribución moderna de la competencia territorial se realiza conforme a un concepto enteramente distinto del antiguo. El fuero general de todos los ciudadanos no se funda en su sumisión a un juez determinado que tenga derecho de ejercer sobre él el poder jurisdiccional y esté, por lo mismo, interesado en hacer valer este derecho contra los jueces rivales que lo usurpasen. Además, suprimidas todas las jurisdicciones privilegiadas o extraordinarias, el actor sabe directamente por la ley cuál es el Tribunal ante el cual debe citar al demandado. Y la ley, cuando fija las competencias, no trata de inspirarse en otro concepto sino en el que informa todo nuestro Derecho público: **la libertad e igualdad de los ciudadanos ante la ley** [...]” (pp.691-692 [g.n.]). No passado, com efeito, os juízes detinham *remédios pessoais* contra a usurpação de sua jurisdição, na perspectiva de que a atuação de outros juízes lhe prejudicava o naco de poder: “*Potest iudex inhibire subditis suis ne coram alio in sui proejudicium litigent*” (Lancellotti, *De atentatis et innovatis lite et appellatione pendente*, 1597, cap. XX, §9 – v. Chioyenda, *Principios...*, v. I, p.691, nota n. 2).

“São absolutos os limites derivados de critérios objetivos (competência por matéria e valor). Quando a lei atribui a um juiz um pleito com referência à sua natureza ou à sua entidade, o faz porque estima aquele juiz mais idôneo que outro para se pronunciar, e esta consideração da lei não admite uma apreciação contrária pelos particulares. A incompetência por matéria e valor pode ser posta de manifesto em qualquer estado e grau do pleito; a autoridade judicial deve pronunciá-la inclusive de ofício [...]”²¹³².

Nesses contextos, relativizar-se-ia a segurança jurídica inerente à divisão do poder jurisdicional em âmbitos de competência reciprocamente excludentes, com o propósito de garantir, na perspectiva do “*substantive due process*”, um ou mais direitos humanos fundamentais em crise, pressionados pelas circunstâncias materiais do caso concreto (fossem sociais, econômicas, culturais etc.).

No campo da competência territorial (que é relativa e admite prorrogações), a Justiça do Trabalho brasileira tem já reconhecido, episodicamente, a possibilidade de *inpletir* a regra formal pela qual a incompetência em razão do lugar deve ser necessariamente arguida por meio de exceções rituais (artigos 651 c.c. artigo 800 da CLT; artigos 112 c.c. 304 do CPC) — e a de que, uma vez arguida e constatada, deve ser acolhida —, a bem de um interesse maior: o próprio *acesso à justiça*. Com efeito, no CC n. 119.959/2004-000-00-00.6, o próprio Tribunal Superior do Trabalho decidiu que,

[d]a normatização inserta no artigo 651, §3º, da CLT infere-se que **a competência para o dissídio individual trabalhista será a da localidade na qual o empregado tenha celebrado o contrato de trabalho ou prestado os serviços respectivos**, sendo uma **faculdade do empregado** ajuizar a ação em uma ou outra localidade. Dessa forma, **não há qualquer razoabilidade na exigência de o Reclamante retornar ao local onde prestou serviços, quando ele já está de volta a seu domicílio**, o qual coincide com o lugar em que foi celebrado o contrato de **trabalho**. Esse entendimento prestigia os princípios que norteiam o direito trabalhista, em especial, o da proteção ao hipossuficiente e leva em consideração a dinâmica do Processo do Trabalho. Conflito de competência julgado procedente” (TST, CC n. 119.959/2004-000-00-00.6, SBDI-2, rel. Min. EMMANOEL PEREIRA, in DJU 10.12.2004 [g.n.]).

²¹³² Chiovenda, *Principios...*, v. I, p.628.

Da mesma maneira, no âmbito do TRT da 3ª Região (Minas Gerais), decidiu-se no ano de 2009:

“COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. PRORROGAÇÃO. FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA. Em razão do princípio da facilitação do acesso à Justiça, a competência da Justiça do Trabalho em razão do lugar deve ser prorrogada, podendo o empregado instalar reclamationária no local onde reside e que informa ter sido contratado, mesmo que verbalmente, sobretudo quando não oposta a tempo e modo a exceção de incompetência” (TRT 3ª Região, 4ª T., RO n. 00303-2008-097-03-00-1, rel. ADRIANA GOULART DE SENA, in DJU 21.02.2009 [g.n.]).

Em todos esses casos, considerou-se que a regra literal do artigo 651, *caput*, da CLT²¹³³, se tomada em caráter absoluto, vulneraria amiúde a garantia de acesso à jurisdição do próprio sujeito protegido pela legislação laboral (material e processual), a saber, o trabalhador subordinado. Esses quadros se agudizavam nas hipóteses de trabalhadores migrantes contratados para trabalhar em locais distantes de sua origem, não raro em outros Estados da Federação, em canteiros de obras de construção civil ou em plantações sazonais, por exemplo. Nalgumas situações, tais trabalhadores sujeitavam-se a trabalhos degradantes ou eram mesmo reduzidos a condições análogas a de escravos (artigo 149 do CP). Somente após retornarem aos municípios de origem, procuravam os órgãos jurisdicionais locais para apresentar suas demandas; e, logo adiante, viam-se às voltas com exceções de incompetência “*ex ratione loci*” apresentadas pelas empresas demandadas, já que os serviços haviam sido prestados em outras localidades. Quando tais exceções eram acolhidas (pela observância da regra formal do art. 651 da CLT), os trabalhadores usualmente *desistiam* de litigar, ante a distância do foro competente e o desinteresse dos próprios advogados que subscreviam as petições iniciais²¹³⁴.

²¹³³ “A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é **determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador**, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro” (g.n.). O parágrafo 3º — ao dispor que “[e]m se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços” — é geralmente interpretado como uma hipótese de exceção, reservada àqueles casos em que a empresa desenvolve atividades sem fixação espacial certa (p.ex., atividades circenses).

²¹³⁴ Por conta dessa distorção, a AMATRA XV — entidade associativa representativa dos juizes do Trabalho da região judicial de Campinas (v. nota n. 1475) — expediu, em maio de 2011, o ofício n. 287/2011-AmatraXV, dirigido à Comissão de Direitos Humanos da ANAMATRA, propondo ao artigo 651, §3º, da

Mais recentemente, a tendencial revisão dessa jurisprudência, *relativizando* a tradicional regra celetária (ora ampliando a inteligência do artigo 651, §3º, da CLT, ora simplesmente flexibilizando a inteligência do *caput*), passa a tornar a jurisdição laboral *economicamente acessível* nesses casos e, para mais, solve uma tensão concreta entre duas garantias processuais inerentes ao devido processo formal: relativiza-se uma regra formal de competência — ligada, como vimos, à concepção do juiz natural —, para assegurar o próprio acesso à justiça. Com isso, equaciona-se bem, no contexto geográfico brasileiro, a conhecida objeção de CAPPELLETTI e GARTH:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas [e os deslocamentos] do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente²¹³⁵.

A exceção de incompetência “*ex ratione loci*”, em situações como as narradas, é uma notória e concreta utilização daquela “arma poderosa” em detrimento do hipossuficiente econômico, muito mais do que qualquer exercício de convicção jurídica ou defesa de garantia constitucional. Adequar a leitura hermenêutica a essa constatação sociológica é precisamente recorrer à sinépica (tópico 5.1) para extrair do sistema jurídico a máxima tutela possível ao devido processo legal, encontrando a *concordância prática* entre as duas garantias processuais sob tensão.

Mas não é só.

CLT, “com a finalidade de se possibilitar o acesso à Justiça em todas as suas perspectivas, um viés de interpretação extensiva, de modo a abranger todas as empresas que aliciam trabalhadores comuns de outros Estados para atividades de quaisquer naturezas em Estado diverso, e de forma a considerar o ‘foro da celebração do contrato’ como sendo o do lugar onde foi realizada a proposta de trabalho, ainda que despida de formalidade — a normalmente se confundir com o do domicílio do trabalhador —, conforme já decidido em julgados regionais” (v., p.ex., TRT 3ª Reg., Proc. n. 0004900-73.2009.5.03.0043 RO, in DJU 01.02.2010); e, nessa linha, propunha “o encaminhamento de eventuais recomendações — inclusive quanto à interpretação das normas em epígrafe [artigo 651 e parágrafos da CLT] e dos seus efeitos socioeconômicos — para que todas as AMATRAS as repassem aos seus associados”.

²¹³⁵ Cappelletti, Garth, *Acesso à Justiça*, p.21.

Também no campo da competência material, o cenário brasileiro recente apresenta um excelente exemplo dessas *inflexões competenciais* no campo do processo laboral, sobre a qual já nos debruçamos em várias ocasiões²¹³⁶: trata-se da questão da **competência penal da Justiça do Trabalho**. Voltemos, pois, a explorá-la.

III. A Justiça do Trabalho brasileira jamais deteve competência penal estrita (i.e., condenatória), o que fora inclusive apontado pela doutrina como uma sua idiossincrasia²¹³⁷. A deficiência era sentida, ademais, na dimensão fenomênica, ante a reduzida eficácia das normas penais laborais (como, *e.g.*, as dos artigos 149 e 197 a 207 do CP), pouco manejadas nas justiças estaduais e federal comum. Daí porque, durante os trabalhos que antecederam a Reforma do Judiciário de 2004, várias propostas de emenda constitucional que tramitaram no Congresso Nacional previam, em maior ou menor escala, a transferência de parcela de jurisdição penal para a Justiça do Trabalho; todas, porém, malograram.

No entanto, com o advento da EC n. 45/2004, a combinação entre os incisos I e IV do artigo 114 da CRFB terminou suscitando uma “criação pretoriana”, em primeiro grau de jurisdição, que traria grande comoção institucional. Adiante, desenvolveremos a tese com maior detalhe; por ora, entretanto, basta dizer que alguns juízes e procuradores do Trabalho passaram a compreender que, a partir de uma interpretação “construtiva” fundada naqueles dois incisos, poder-se-ia reconhecer uma competência material *residual* da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de crimes e contravenções cujos tipos penais possuíssem como elementar o *trabalho humano* — porque, afinal, seriam litígios oriundos da relação de trabalho (artigo 114, I, da CRFB), a serem julgados por um ramo judiciário que possuía expressa competência para ao menos uma espécie de ação penal (de cunho liberatório): o *habeas corpus* (artigo 114, IV, da CRFB). A partir dessa visão de mundo, certos procuradores do Trabalho passaram a ajuizar ações penais “*stricto sensu*”, pedindo a condenação penal de empregadores que praticassem crimes ou contravenções laborais. Quando essa perspectiva era comungada pelo juiz do Trabalho (o que foi raro), abria-se o

²¹³⁶ V., *e.g.*, G. G. Feliciano, “A competência penal...”, *passim*.

²¹³⁷ V., *e.g.*, Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.143. *In verbis*: “A jurisdição penal é exercida pelos juízes estaduais comuns, pela Justiça Militar estadual, pela Justiça Militar federal, pela Justiça Federal e pela Justiça Eleitoral; em suma, apenas a Justiça do Trabalho é completamente desprovida de competência penal”.

ensejo para verdadeiros “pautões criminais” na Justiça do Trabalho (como de fato se deu, nomeadamente, na Vara do Trabalho de Indaial, no Estado de Santa Catarina²¹³⁸).

No entanto, provocado pela Associação Nacional dos Procuradores da República (cujos membros sentiam-se “prejudicados” pela inteligência que reconhecia aos procuradores do Trabalho a legitimidade para aquela sorte de ações penais²¹³⁹), o então Procurador-Geral da República ajuizou, em 08.03.2006, ação direta de inconstitucionalidade com fundamento nos artigos 102, I, “a” e 103, VI, da CRFB, requerendo a declaração de inconstitucionalidade formal do artigo 114, I, por violação do artigo 60, §§ 2º e 4º, IV, da CRFB, e — sucessivamente — a declaração de sua inconstitucionalidade material sem redução de texto, bem como a dos incisos IV e IX do mesmo artigo 114, por violação do artigo 5º, *caput* e inciso LIII, da CRFB, com vista a afastar qualquer interpretação que reconheça competência criminal à Justiça do Trabalho (v. ADI n. 3684/2006). Aduziu pedido de concessão liminar da tutela, atribuindo-se-lhe, em qualquer caso, eficácia “*erga omnes*” e “*ex tunc*”, com efeitos plenamente vinculantes.

A liminar foi desde logo deferida pelo Min. CEZAR PELUSO, obstando qualquer interpretação que reconhecesse competência penal à Justiça do Trabalho. Mais tarde foi confirmada em plenário, basicamente pelos mesmos argumentos da PGR, e assim ganhou definitividade. Daí porque, no meio judiciário, a matéria já não admite qualquer discussão, dados os efeitos “*erga omnes*” da jurisdição constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, §2º, da CRFB). No plano científico, porém, o tema ainda suscita — e deve suscitar — reflexões, atreladas precisamente à ideia de devido processo legal. Passemos a elas.

²¹³⁸ Cf., por todos, Reinaldo Branco de Moraes, “Resultados práticos da competência penal trabalhista”, in *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, fev./2007, n. 71, pp.171 e ss. O autor era, à época, o juiz titular da Vara do Trabalho de Indaial.

²¹³⁹ Tratava-se da Representação PGR n. 1.00.000.001257/2006-27. Conquanto a ignorasse, a insurgência da ANPR convidava a refletir, quase que inelutavelmente, sobre a advertência de CHIOVENDA quanto à semântica da competência após a superação da visão “privatista” do pré-seiscentismo: *garantia do cidadão*, não “direito” da autoridade (*supra*, nota n. 2131). O mesmo se há de aplicar, obviamente, à legitimação processual do Ministério Público para ações civis e penais.

IV. Na sua fundamentação, o *Parquet* sustentava que o artigo 114, I, da CRFB padecia de inconstitucionalidade formal, porque o dispositivo aprovado no Senado Federal, em primeiro turno, excetuava expressamente "*os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação*". Esse trecho fora depois suprimido no Parecer n. 1.747/2004, que baseou a redação votada e aprovada em segundo turno²¹⁴⁰. A supressão indevida teria relevância, na medida em que o excerto expurgado parametrizaria o alcance da expressão "*ações oriundas das relações de trabalho*", revelando que a competência material da Justiça do Trabalho não iria além da superação de uma pretensão resistida do trabalhador quanto à observância de direitos trabalhistas descumpridos pelo empregador (e ressaltando-se os casos em que esse trabalhador fosse um servidor público estatutário ou comissionado). Noutras palavras, competência material adstrita às "ações trabalhistas", i.e., às ações judiciais destinadas a reconhecer direitos sociais "*stricto sensu*", ditos "trabalhistas", de fundo contratual (vínculo de emprego, horas extraordinárias, adicionais de remuneração, verbas rescisórias etc.). Essa mesma questão já havia sido objeto da ADI n. 3395/2005, que mereceu medida liminar afastando toda interpretação que reconhecesse à Justiça do Trabalho competência para julgar litígios entre entes da Administração Pública e servidores com vínculos estatutários ou administrativos (i.e., aqueles não contratados pelo regime da CLT, ou regime "contratual").

Além disso, afirmava-se na ADI n. 3684 que a interpretação sistemática adotada pelos "construtivos", a conferir competência penal estrita à Justiça do Trabalho, padeceria de inconstitucionalidade material, por malferir o artigo 5º, LIII, da CRFB (garantia do juiz natural). Na compreensão da Procuradoria Geral da República, o juízo natural para o processo e o julgamento das infrações penais jamais poderia ser um órgão da Justiça do Trabalho: ora seria um órgão da Justiça Comum Federal, ora da Justiça Eleitoral, ora da Justiça Militar; e, nos demais casos, órgãos da Justiça Comum Estadual (por competência residual). A Justiça do Trabalho, porém, não deteria, em qualquer hipótese, competência penal "*stricto sensu*" — à diferença de todos os demais ramos do Poder Judiciário nacional.

²¹⁴⁰ No Brasil, as emendas constitucionais necessitam de aprovação do mesmo texto em *dois turnos*, nas duas casas do Congresso Nacional (Senado e Câmara dos Deputados), com o quórum qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros (artigo 60, §3º, da CRFB).

A par disso, as ações penais ajuizadas por órgãos do Ministério Público do Trabalho feririam o princípio do promotor natural. Tal desordem institucional culminaria por incutir sentimento de insegurança jurídica e facilitar prescrições, fato especialmente grave nos casos de "trabalho escravo" contemporâneo. Donde a necessidade da concessão liminar requerida.

O inteiro teor da peça "*sub examinen*" demonstrava, afinal, que todos os argumentos expendidos — da inconstitucionalidade formal à inconstitucionalidade material — convergiam para uma única preocupação: pacificar a tese da incompetência material da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal estrita e neutralizar as decisões de primeiro grau que vinham exercitando a competência penal laboral. Finalidade quiçá escorada muito mais por uma disputa institucional de poder do que por uma bem-formada convicção jurídica, diga-se. Mas, no que argumentava, a peça falhava. Vejamos.

Ao afirmar que a competência material da Justiça do Trabalho cingir-se-ia às "ações trabalhistas" — assim entendidas as ações que manifestam conflitos de interesses qualificados por pretensão resistida de observância de direitos trabalhistas (item n. 09 da ADI n. 3684/2006) —, o Procurador-Geral da República incorria em notável equívoco. Mesmo antes da EC n. 45/2004, a Justiça do Trabalho detinha competência material que ultrapassava os lindes de sua competência basal histórica (dissídios contratuais na esfera individual e coletiva). O próprio Supremo Tribunal Federal já havia afirmado a competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar ações de indenização por danos materiais e morais no marco da relação de emprego (STF, RE n. 238.737/SP, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17.11.1998²¹⁴¹), conquanto se compreendesse — com ressalva do pensamento minoritário²¹⁴² — terem tais indenizações natureza *aquiliana* (= extracontratual) e não contratual. Na ementa, lia-se que

“Compete à Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização por danos materiais e morais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato

²¹⁴¹ Cf. *Informativo STF* n. 132, 16 a 20.11.1998.

²¹⁴² Cf., e.g., José Cairo Júnior, *O Acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*, São Paulo, LTr, 2003, pp.69-73 e 92 (sustentando a natureza *contratual* — e não *aquiliana* — da responsabilidade civil do empregador pelos danos materiais e morais suportados por empregado acidentado).

decorrente da relação de trabalho [...], **nada importando que o dissídio venha a ser resolvido com base nas normas de Direito Civil**” (g.n.).

Mais tarde, a EC n. 45/2004 veio apenas *corroborar* esse entendimento, ao tornar expressa, no inciso VI do artigo 114 da CRFB, a competência material da Justiça do Trabalho para “*as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho*”. Nada, portanto, que pudesse ser simplesmente reduzido à ideia de dissídios estritamente contratuais.

Na mesma ensancha, desde 1998 (EC n. 20/1998), a Justiça do Trabalho passou a ser competente para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes das sentenças que profere, passando a deter competência executiva em matéria tributária, novamente sem qualquer substrato contratual (*ut* artigo 3º do CTN) e sem conexões diretas com os direitos trabalhistas estritamente considerados (artigo 7º da CRFB).

Ao mais, após a entrada em vigor da EC n. 45/2004, essa competência “atípica” da Justiça do Trabalho brasileira foi dilargada para alcançar virtualmente todas as ações de representação sindical (artigo 114, III), as ações relativas às penalidades administrativas aplicadas no exercício da fiscalização do trabalho (artigo 114, VII) e, para mais, remédios constitucionais tão excelsos quanto o *habeas data* e o *habeas corpus*, “*quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição*” (artigo 114, IV). Essas ações servem, respectivamente, à tutela de direitos civis de representação associativa e do próprio direito constitucional de livre associação na órbita sindical, com todos os seus consectários positivos e negativos (artigo 5º, incisos XVII a XXI); ao resguardo dos interesses públicos e dos direitos individuais do cidadão ao ensejo do exercício do poder de polícia nas atividades administrativas de fiscalização do trabalho (Direito Administrativo sancionador²¹⁴³); à salvaguarda do direito geral de informação mínima e do direito de saber ou registrar a verdade sobre si mesmo²¹⁴⁴; e, finalmente, à preservação da liberdade

²¹⁴³ Cf., por todos, Guilherme Guimarães Feliciano, “*Outros horizontes: sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador*”, in *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, v. 14 (abril-junho), pp. 91-115.

²¹⁴⁴ Cf. José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.396-397 (com supedâneo no escólio de FIRMÍN MORALES PRATS, da Universidade de Barcelona). Cf., ainda, G. G. Feliciano, “*Tutela Processual...*”, *passim*.

espacial-corporal de tantos quantos se sintam constrangidos por atos de império imbricados com matérias afetas à jurisdição da Justiça do Trabalho.

Por conseguinte, não se pode mais afirmar, sem um abissal erro de percepção, estar a competência material da Justiça do Trabalho adstrita às lides tipicamente “trabalhistas”, i.e., à inobservância de direitos trabalhistas *"stricto sensu"* (artigo 7º da CRFB) e das obrigações laborais de ordem estritamente contratual. A jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais superiores e o *"telos"* da Reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004) demonstram, à saciedade, que a Justiça do Trabalho deixou de ser a “justiça do trabalhador” (ou mesmo a “justiça do empregado”), evoluindo de uma perspectiva tuitiva *"a parte subjecti"* (a do trabalhador subordinado) para uma perspectiva funcional *"a parte objecti"* (a do trabalho como projeção da personalidade humana), com *"vis atractiva"* para toda a matéria concernente ao trabalho humano de *fundo consensual* (elemento volitivo), com *pessoalidade mínima* (elemento tendencial) e *caráter continuativo e/ou coordenado* (elemento funcional)²¹⁴⁵.

V. Tampouco se podia afirmar que a Justiça do Trabalho não possuía competência penal estrita. Detinha-a, por expresse comando constitucional, *"ex vi"* do artigo 114, IV, da CRFB, ao dispor expressamente sobre a sua competência para o julgamento de *habeas corpus*. Como é sabido, o *habeas corpus* nada mais é do que uma ação penal popular. Não será outra a sua natureza, ainda que o constrangimento subjacente admita as mais diversas morfologias: cumprimento de pena (em sede de execução penal), prisão cautelar (em sede processual penal), inadimplemento de deveres familiares (em sede de alimentos), inadimplemento de obrigações contratuais estritas (como, p.ex., em sede de infidelidade depositária) etc. Não era outro, aliás, o entendimento do próprio STF:

“Sendo o *habeas corpus*, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será sempre do juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de

²¹⁴⁵ Cf. Guilherme Guimarães Feliciano, *"Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos"*, in *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.), São Paulo, LTr/ANAMATRA, 2005, pp.125-127.

depositário, em execução de sentença" (STF, CC n. 6979-1, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 15.08.1991)²¹⁴⁶.

No mesmo sentido e "*ad exemplum*", podiam-se ver, na jurisprudência nacional, os seguintes arestos: STJ, CC n. 2459/SP, 3ª S., rel. Min. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, j. 20.02.1992²¹⁴⁷; TRF 4ª Reg., HC n. 944.2.173-1²¹⁴⁸; TRF 1ª Reg., HC n. 92.01.27.236-7²¹⁴⁹. E, na doutrina brasileira, ADA GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES²¹⁵⁰, além de TOURINHO FILHO²¹⁵¹, MIRABETE²¹⁵² e ALEXANDRE DE MORAES²¹⁵³, entre outros.

Já por isso, pedir que o Supremo Tribunal Federal declarasse a incompetência penal "*tout court*" da Justiça do Trabalho significava pedir, "*a fortiori*", a declaração da inconstitucionalidade parcial do artigo 114, IV, da CRFB, *com* redução de texto, porque se repeliaria inclusive a competência constitucional da Justiça do Trabalho para o processo e o

²¹⁴⁶ Ficou vencido o Min. CARLOS VELLOSO, que votava pela competência da Justiça do Trabalho. Também afirmando a competência da Justiça do Trabalho (sem, todavia, controverter o caráter *penal* do remédio), veja-se, por todos, TST, RO-HC n. 167.113/95.1, rel. Min. INDALÉCIO GOMES NETO, ac. SDI 4.148/95). Apesar da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o próprio Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho previa, mesmo antes da EC n. 45/2004, a tramitação de *habeas corpus* nos tribunais do trabalho (cf. o artigo 184, IV, do RITST, tal como aprovado pela Resolução Administrativa n. 908/2002).

²¹⁴⁷ In DJU 16.03.1992, p.3075. Ementa: "*Ato coator atribuído a Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento. Competência do Tribunal Regional Federal, e não do Tribunal Regional do Trabalho, para julgamento do habeas corpus. Precedente jurisprudencial*".

²¹⁴⁸ In DJU (2ª S.) 26.10.1994, p. 61623.

²¹⁴⁹ Cf. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais/IBCCrim, 1993, n. 2, p.244.

²¹⁵⁰ Os autores paulistas propugnavam, antes da EC n. 45/2004, ser da competência dos tribunais regionais federais o processo e o julgamento das ações de *habeas corpus* em que se discute coação atribuída a juiz do Trabalho de primeiro grau (o que significa, indiretamente, reconhecer o caráter estritamente *penal* do remédio, já que o fundamento da tese era a aplicação analógica, à hipótese, do artigo 108, I, "a", da CRFB — que trata de competência criminal). Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p.367.

²¹⁵¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, v. 4, pp.443-444. In verbis: "*Então, se o habeas corpus não é um recurso, no sentido técnico da expressão, qual seria sua natureza jurídica? Às vezes, como nas hipóteses dos incs. II, III, IV e V do art. 648, é uma verdadeira ação penal cautelar, pois visa a impedir que o desenrolar moroso do processo, ou de outra qualquer providência que possa ser tomada, venha acarretar maior restrição ao status libertatis do paciente. Nas hipóteses dos incs. VI e VII, se houver sentença com trânsito em julgado, funciona ele como verdadeira ação penal constitutiva, pois visa a extinguir uma situação jurídica. [...] E, dependendo da hipótese concreta, o habeas corpus, com fundamento no inc. I, poderá ter a natureza de ação penal cautelar, de ação penal constitutiva ou até mesmo declaratória*" (g.n.).

²¹⁵² Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p.681: "*Trata-se realmente de ação penal popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso*" (g.n.).

²¹⁵³ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 1999, p.128.

julgamento de *habeas corpus*, que é ação penal liberatória. Suprimir-se-ia obliquamente a validade e a eficácia jurídica de uma parcela do texto normativo vazado no inciso IV do artigo 114; e, por essa via, conceder-se-ia ao *Parquet* mais do que foi pedido, com violação do princípio da correlação entre a demanda e a sentença. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, tal como pedida na ação, circunscrevia-se à hipótese do artigo 114, I, da CRFB (inconstitucionalidade formal), pelas razões já esclarecidas. Para o mais, pedia-se a mera interpretação conforme à Constituição ("*verfassungskonforme Auslegung*"), com declaração de nulidade sem redução de texto ("*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*"), combinando figuras que sequer se confundem²¹⁵⁴; mas não a delimitava — como convinha — para a restrição da competência penal no que se referisse a ações *condenatórias*. Daí que, no limite, o deferimento integral do pedido terminaria por violar a própria cláusula do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), extrapolando os possíveis limites da ação (que não pedia supressões de texto no inciso IV) e mutilando desproporcionalmente a competência da Justiça do Trabalho, com o comprometimento da própria integridade do texto constitucional. E, nada obstante, um dos fundamentos da ADI n. 3684/2006 era justamente o devido processo legal (o que revela, inequivocamente, a maleabilidade retórica do princípio)...

Como antecipado, porém, a pretensão da Procuradoria Geral da República foi integralmente deferida em liminar e depois confirmada em plenário, sem atentar para a natureza jurídica da ação de *habeas corpus*. Do que se deve extrair, no plano hermenêutico, a hipótese menos absurda. Se o STF não queria mutilar o tecido constitucional (artigo 114, IV), negando vigência a um texto normativo regularmente incluído na Constituição pelo Congresso Nacional — de acordo com os ritos do artigo 60, §3º, da CRFB e no exercício

²¹⁵⁴ “A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a **fundamental diferença existente entre eles**. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar “leis inconstitucionais”. Não se tem dúvida, outrossim, de que a Corte Constitucional utiliza, muitas vezes, a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. **Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei** (*Gesetzesauslegung*), **uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição**” (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p.411, *apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p.236 [g.n.]).

legítimo do poder constituinte derivado —, o resultado da ADI n. 3684/2006, que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para quaisquer ações penais (sem distinguir entre as condenatórias e as liberatórias), só pode ter significado um coisa: a despeito das decisões anteriores (*e.g.*, CC n. 6979-1), a corte constitucional brasileira tacitamente *refluíu* de seu primeiro entendimento quanto à natureza jurídica do *habeas corpus*. Passou a compreendê-lo, portanto, como uma *ação civil*, ou mesmo como um remédio constitucional sem natureza legal autônoma (apesar de seu tratamento, no direito brasileiro, pelo Código de Processo Penal, em seus artigos 647 a 667).

VI. Mas essas questões laterais eram, a rigor, as de menor relevância para o debate de uma possível inflexão ampliadora estribada nas regras combinadas dos incisos I e IV do novel artigo 114 da CRFB. Do ponto de vista do “*substantive due process*” e do direito material em discussão, havia razões ponderáveis para crer que, a par do remédio penal liberatório previsto no artigo 5º, LXVIII, da CRFB, também certas *ações penais condenatórias* haviam passado à esfera de competência material da Justiça do Trabalho, desde que a “*persecutio in judicio*” se referisse àquelas infrações penais *oriundas da relação de trabalho*, seguindo a dicção do artigo 114, I, da Constituição. Essa compreensão dimanava da perspectiva funcional “*a parte objecti*” chancelada pelo Poder Legislativo reformador, ao ensejo da EC n. 45/2004, e abrangia notadamente os crimes contra a organização do trabalho (Título IV da Parte Especial do CP: artigos 197 a 207) e as contravenções relativas à organização do trabalho (Capítulo VI da Parte Especial da LCP: artigos 47 a 49) — mas não apenas eles ²¹⁵⁵ —, “*si et quando*” não estivessem em causa lesões a interesses coletivos e difusos e/ou atentados à organização geral do trabalho — porque incidia, em tais casos, a norma do artigo 109, VI, 1ª parte, da CRFB, a reconhecer a

²¹⁵⁵ Com efeito, na perspectiva funcional em testilha, também passam à esfera de competência da Justiça do Trabalho aqueles outros delitos em cuja configuração típico-elementar estivesse presente a *relação de emprego* ou o seu objeto fenomenológico (a *prestação de trabalho sob subordinação*), como também os *direitos sociais* dela decorrente. Tal seria o caso, *p. ex.*, do crime de plágio ou redução à condição análoga a de escravo (artigo 149 do CP) e do crime de assédio sexual (artigo 216-A do CP) — excetuando-se, aqui, as hipóteses de ascendência inerente a vínculos *estatutários* (diante dos efeitos reflexos da liminar deferida pelo Min. NELSON JOBIM nos autos da ADI n. 3395/2005, que justamente discutia aquela inconstitucionalidade formal relativa ao inciso I do novel artigo 114).

competência da Justiça Federal comum, na esteira da inteligência da Súmula n. 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos²¹⁵⁶:

"Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, **quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente**" (g.n.).

Logo, o que se entendia ser da competência da Justiça do Trabalho eram aquelas ações penais relativas a crimes e contravenções antes abarcados pela competência residual das justiças estaduais. Pela nova configuração constitucional, a Justiça do Trabalho passava a funcionar como “justiça comum” competente para todas as questões laborais; e, nesse encaixe, avançava sobre competências residuais heterotópicas antes dispersas pelo sistema judiciário brasileiro.

A abonar essa tese — não apenas mais acertada do ponto de vista político-judiciário, *como também* mais defensável constitucionalmente —, havia fortes argumentos de caráter jusfundamental. Partia-se outra vez da premissa, esgrimida por ALEXY²¹⁵⁷, GARTH e CAPPELLETTI²¹⁵⁸ (entre outros), de que a teoria abstrata da ação não pode jamais levar à extrema consequência de apartar, qual compartimentos estanques, o processo/procedimento e o direito material resistido, especialmente ao se tratar de direitos humanos fundamentais. Bem ao revés, há uma conexão fundamental entre os direitos

²¹⁵⁶ Intelecção que, ademais, seguiu encampada pelos tribunais superiores, mesmo após a extinção do TFR. Assim, e.g., STJ, HC n. 601/RS, 5ª T., rel. Min. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, j. 01.04.1991, in *DJU* 29.04.1991, p.5276. Ementa: "Crime de frustração de direito trabalhista. Não havendo ofensa a organização geral do trabalho ou a direito dos trabalhadores coletivamente considerados, compete à Justiça comum estadual o processo e julgamento do fato. Habeas corpus concedido para trancar o inquérito quanto à falsificação e ao constrangimento ilegal, determinando-se a remessa do inquérito, relativamente à parte residual, para a Justiça Estadual". Era essa a competência residual que se entendia ter passado à Justiça do Trabalho, após a EC n. 45/2004.

²¹⁵⁷ *Theorie...*, pp.444-446.

²¹⁵⁸ Cappelletti, Garth, *Acesso à Justiça*, p.71. Trata-se de necessidade atrelada à chamada “terceira onda” do acesso à justiça (ou o “novo enfoque de acesso à justiça”). *In verbis*: “Ademais, esse enfoque reconhece a **necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio**. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto aos indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-lo. Alguns problemas serão mais bem ‘resolvidos’ se as partes simplesmente se ‘evitarem’ uma à outra. A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua própria solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações” (g.n.).

fundamentais — entre os quais os *direitos sociais* positivados no artigo 7º da CRFB — e os procedimentos dispostos para a sua satisfação, de modo que *"o aspecto procedimental e o material têm de ser reunidos em um modelo dual que garanta o primado do aspecto material"*²¹⁵⁹. De outra forma, o processo perderia, pela abstração, a sua mais evidente característica contemporânea, a saber, a sua *instrumentalidade*. Consequentemente, ali onde as normas processuais e/ou procedimentais podem *aumentar* a proteção de determinado direito fundamental, *devem* sistematicamente fazê-lo, a bem de princípios constitucionais como o da unidade, o da máxima efetividade e o da força normativa da Constituição²¹⁶⁰). Por extensão, e com iguais razões, esse mesmo raciocínio deve servir às diversas interpretações possíveis de uma norma constitucional de competência (que não é uma norma de procedimento, mas é uma norma de processo). Afinal, pelo princípio hermenêutico da força normativa da Constituição, é cediço que,

“como a Constituição quer ser atualizada, mas as possibilidades e condições históricas dessa atualização se transformam, **deve**, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, **ser dada a preferência àqueles pontos de vista que**, sob os respectivos pressupostos, **proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima**” (g.n.)²¹⁶¹.

Noutras palavras, uma interpretação constitucional só terá legitimidade se outorgar *"primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência"*²¹⁶².

VII. Não era outra a opção hermenêutica da tendência jurisprudencial atacada na ADI n. 3684/2006. Procedia-se ali à atualização normativa da Constituição, com coerência intrassistemática, consumando o que o legislador não ousou fazer por expresse.

²¹⁵⁹ Alexy, *Theorie...*, 1996, pp.446. No original: *"Der prozedurale und der materiale Aspekt sind also, was den Zusammenhang von Grundrechten und rechtsförmigen Verfahren anbelangt, in einem dualen Modell zu vereinigen, das den Primat des materiales Aspekts wahrt"*. O autor trata, aqui, dos procedimentos judiciais e administrativos como objetos dos chamados *direitos fundamentais de organização e procedimento* (*"Rechte auf Organisation und Verfahren"*).

²¹⁶⁰ Cf., e.g., J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.1148-1151. Ver também, *supra*, o tópico 12.2, III.

²¹⁶¹ Konrad Hesse, *Grundzüge...*, pp.68 e ss.

²¹⁶² J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1151.

Compreendendo a historicidade do sistema constitucional de competências e da sua estrutura, soerguida em tempos menos virtuosos (quando os órgãos da Justiça do Trabalho ainda possuíam representação classista e pouco avançavam além dos restritos contornos da relação empregatícia), como também a dificuldade político-discursiva em se alterar esse paradigma normativo, entrevia-se no vazio textual a brecha contextual legislativa para uma nova competência material, apta a assegurar *eficácia ótima* aos direitos materiais em jogo (direitos sociais "*stricto sensu*"), por duas perspectivas:

(a) na medida em que o processo penal, tramitando nos lindes da Justiça do Trabalho, seria dirigido por um corpo de magistrados peritos nas questões laborais — ínsitas às elementares dos tipos penais atraídos para a sua competência — e historicamente comprometidos com a resolução equidistante dos conflitos entre o capital e o trabalho;

(b) na medida em que a grave violação dos bens jurídico-penais visados pelas normas de proteção social desafiavam, do ponto de vista estrutural, os rigores de uma jurisdição mais célere e menos formalista, sem prejuízo da estrita observância do devido processo penal.

Com efeito, tomando-se o processo penal como um *mal em si* — que "*de per se*" constrange o réu, mesmo quando inocente —, a maior capacidade de absorção das demandas penais e também a celeridade impressa aos procedimentos (sem descurar, insista-se, das garantias do contraditório e da ampla defesa) afinal seriam, para o próprio réu, um inegável benefício. De outra parte, maior capilaridade e tempos processuais menores significariam, a médio e longo prazos, decréscimo dos índices de impunidade em matéria penal-laboral. Logo, a Justiça do Trabalho tinha a oferecer, nesse quesito, o que a Justiça Federal comum jamais teria. Bastava atinar para a capacidade média de absorção da demanda judiciária na Justiça Federal (com efeitos funestos no quadro de prescrições penais), por um lado, e a capacidade de absorção da Justiça do Trabalho, em primeira e

segunda instâncias, por outro²¹⁶³. Com a nova exegese, ademais, revitalizar-se-ia a jurisprudência em seara penal-trabalhista, repelindo-se os sentimentos de anomia e impunidade que permeiam o segmento e recompondo-se os efeitos de prevenção especial e geral negativa — e mesmo os de prevenção geral positiva²¹⁶⁴ — que devem acompanhar as sanções penais em geral. Em resumo, a nova regra de competência, adscrita à norma do artigo 114 da CRFB, garantiria mais fielmente o primado dos direitos materiais diretamente envolvidos.

É que as decisões jurídicas em matéria de direitos fundamentais (como é o direito ao juiz natural e ao devido processo legal) sujeitam-se à *racionalidade possível*, não admitindo “exatidão de resultados” à maneira das ciências naturais²¹⁶⁵. Como vimos (tópico 5.2, VI), tais decisões não são “verdadeiras” ou “falsas”, mas legítimas *ou* ilegítimas (= modo de atitude conformativa). E a legitimidade, no processo de argumentação jusfundamental, diz com a sua controlabilidade racional²¹⁶⁶. Na exegese do artigo 114 da CRFB, havia um argumento que se atinha à vontade histórica do legislador, tal como manifestada nos trabalhos legislativos (rejeição das emendas que conferiam expressamente a competência penal condenatória à Justiça do Trabalho), prestigiando a literalidade do texto

²¹⁶³ Para a época (2004-2006), v. Ministério da Justiça, *“Diagnóstico do Poder Judiciário”*, Brasília, Governo Federal, 2004, pp.37-39 (<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>, acesso em 24.03.2006). Consoante as estatísticas da Secretaria da Reforma do Judiciário, válidas para o ano-base 2003 (dados oficiais do Ministério da Justiça), *“o índice médio de 57% de processo julgado por processo distribuído, registrado na 1ª instância da Justiça Federal foi o mais baixo entre todos os tipos de tribunais de julgamento do país. Apenas três estados julgaram mais do que dois terços dos processos distribuídos”* (p.43), embora o estudo não tenha considerado os números dos Juizados Especiais Federais (p.38). Já na Justiça do Trabalho (1ª instância), *“todos os índices são altos e acima de 87%, o que indica a capacidade desta instância da Justiça trabalhista de absorver a demanda de processos”* (p.47). Na 2ª instância trabalhista, a média chegou a 97% de processos julgados por entrados, *“evidenciando ser satisfatório o atendimento da demanda nesta instância da Justiça trabalhista”* (p.49). Na Justiça Federal, essa média caía para 92,4% (p.44), anotando-se, porém, que a melhor proporção entre julgados e distribuídos era do TRF da 2ª Região, cujo volume de processos representava apenas 11,3% do total. E, como nota conclusiva, registrou-se que *“a Justiça do Trabalho em 1ª e 2ª instâncias é a que menos acumula estoque de processos, levando-se em consideração a relação processos entrados/julgados”* (pp. 11 e 37).

²¹⁶⁴ No primeiro momento, a prevenção geral positiva *fundamentadora* (sinalizando a hierarquia constitucional indelével do valor social do trabalho); e, num segundo momento, até mesmo a prevenção geral positiva *limitadora* (controlando eventuais rompantes paleorrepressivos do Estado-acusador em sede penal-laboral). Cf., por todos, Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 1, pp.84-90.

²¹⁶⁵ Konrad Hesse, *Grundzüge...*, pp.68 e ss. Em sentido semelhante, mas de modo bem mais abrangente e minudenciado, cf. Jürgen Habermas, *A lógica das ciências sociais*, trad. Marco Antônio Casanova, Rio de Janeiro, Vozes, 2009, pp.09-71 (criticando particularmente o positivismo científico).

²¹⁶⁶ Robert Alexy, *Theorie...*, pp.520-521 (o neologismo deve-se à expressão alemã *“Kontrollierbarkeit”*).

constitucional. Era argumento vazado na ADI n. 3684/2006. Mas havia outro argumento, comprometido com os fins mirados pelo legislador ao ampliar a competência material da Justiça do Trabalho (2004): revalorizar o trabalho humano, humanizar as relações de trabalho "*lato sensu*" (i.e., relações de emprego e relações de trabalho não subordinado) e otimizar a satisfação dos direitos a prestações em sentido estrito²¹⁶⁷. Quanto à competência penal da Justiça do Trabalho, ademais, o legislador já a tinha *positivado*, no que toca às ações penais liberatórias (*habeas corpus*); e, de resto, havia se calado. O silêncio poderia então ser interpretado como simples *vedação* da competência penal condenatória (como de fato se entendeu, afinal, ao cabo da ADI n. 3684). Mas também poderia ser interpretado como permissão constitucional para a construção pretoriana a partir da regra do inciso I do artigo 114 ("ações oriundas da relação de trabalho"), concretizando a teleologia ínsita à EC n. 45/2004 e dimensionando a competência penal estrita da Justiça do Trabalho — afinal, o processo penal não é infenso à ideia de *lide*²¹⁶⁸ —, ainda que *residualmente* (afastando, portanto, competências expressamente atribuídas a outros ramos judiciais no texto constitucional).

A nosso ver, a segunda interpretação encaminhava uma solução hermenêutica que, ao infletir a inteligência do texto constitucional para além da letra evidente (e permitir uma nova identidade para o "juiz natural" nas causas penais laborais), detinha maior legitimidade social, derivada de uma regra de inferência dialética de *justificação externa* (i.e., por *sinéptica*, em esforço de integração vertical — *supra*, tópico 5.1, XII). No modelo alexyano²¹⁶⁹:

²¹⁶⁷ "*Leitungsrechte im engeren Sinne*", a que correspondem os "*soziale Grundrechte*" (Robert Alexy, *Theorie...*, pp.454-472).

²¹⁶⁸ Mesmo em acepção carneluttiana, pode-se reconhecer *lide* no processo penal, desde que se reconheça um conflito de interesses qualificado pela *resistência* do réu à pretensão punitiva do Estado-acusador ("*ius puniendi*"). Cf., por todos, José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, 3ª ed., Campinas, Millenium, 2009, v. I, *passim*. Daí que, ao tratar dos litígios (e das consequentes ações) *oriundo(a)s* das relações de trabalho, o legislador poderia ter perfeitamente subentendido as lides (e ações) penais.

²¹⁶⁹ Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001, p.230. Na configuração hipotética de ALEXY, "R" é o texto de regra (no nosso caso, a regra de competência do artigo 114 da CRFB) e "I" é a sua interpretação; "W" é o argumento semântico (= "regra do uso da palavra", segundo o costume linguístico); "R'" é a o texto "R" interpretado, i.e., a *norma*; " $I^R_W = R'$ " significa que a interpretação de "R" pelo argumento "W" conduz a "R'"; "Z", por fim, é o objetivo maior visado pelo legislador ("*telos*"). ALEXY demonstra, por essa via, as dificuldades da argumentação atrelada à "*mens legislatoris*" e a legitimidade de sua superação, com melhores razões, visando aos fins ("Z") da regra positiva ("R").

“(a) o fato de o legislador querer R com a intenção de que ele seja interpretado segundo W ($I_W^R = R'$) é uma razão da validade de R’.

[...]

“(b) O fato de o legislador querer R como meio de chegar a Z é um motivo para sustentar que é obrigatório aplicar R de tal modo a realizar Z.

“(c) Se é obrigatório realizar Z, então **quaisquer meios que sejam necessários para a realização de Z são obrigatórios também.**

[...]

“(a) e (b) receberam uma formulação muito fraca. **A intenção do legislador é somente uma razão para a interpretação.** Isso possibilita a apresentação de razões contrárias. A regra de inferência (c) é de grande interesse” (g.n.).

Na hipótese “*sub examinen*” (artigo 114 da CRFB), a premissa “a”, baseada no argumento histórico “W” — pelo qual o legislador brasileiro, ao não referir textualmente a competência da Justiça do Trabalho para ações penais condenatórias e rejeitar as emendas que a conferiam por expresso, teria querido “R” (= artigo 114 da CRFB) interpretado restritivamente (= sem competência penal) — sequer é racionalmente demonstrável, já que se baseia em um psicologismo intuitivo. Ao revés, pelos objetivos inerentes (“Z”) à reforma constitucional que levou à nova redação do artigo 114 (“R”), pode-se bem alinhar a ideia de uma interpretação extensiva racionalmente controlada. Por essa via construtiva, avalizava-se a competência penal estrita da Justiça do Trabalho, com a correta argumentação jusfundamental a identificar, como norma adscrita aos incisos I e IV do artigo 114 da CRFB²¹⁷⁰, uma regra concreta de competência material para ações penais condenatórias. Desde que se tomasse esse “meio” como o modo mais legítimo e eficaz para realizar os presumíveis objetivos do legislador ao abraçar a ampliação objetiva da competência da Justiça do Trabalho — qual seja, reduzir o déficit de efetividade dos direitos sociais e ressignificar, no campo pretoriano, o valor social do trabalho —, era

²¹⁷⁰ As “*zugeordnete Grundrechtsnormen*” não estão textualmente ditadas pelos enunciados da Lei Fundamental, mas estão em conexão semântico-teleológica com o seu texto e, por isso, têm *status* constitucional, chegando-se a elas por uma “relação de precisão” (“*Präziserungsrelation*”) entre a norma “escrita” e a adscrita; e, a par dela, há também uma “relação de fundamentação”, como se verá. Cf. Robert Alexy, *Theorie...*, pp.57-63; e, *infra*, o §33 ° (n. VI).

imperioso *privilegiá-lo* na construção hermenêutica, ainda quando admitíssemos que, no processo legislativo, o legislador *afastou* propostas de emendas que textualmente conferiam competência penal à Justiça do Trabalho (como de fato ocorreu, por resistências ideológicas e *lobbies* de diversos matizes). Sob tais circunstâncias, a intenção do legislador era uma razão fraca. A *razão forte* estava na máxima efetividade dos direitos sociais, como razão jusfundamental, e na antevisão das consequências positivas da renovação jurisprudencial, à luz dos objetivos constitucionais eleitos em 1988. Faltou ao Supremo Tribunal Federal, àquela altura, uma tal percepção.

Mas aprofundemos essa análise, agora à vista do “*due process of law*”.

VIII. Como vimos de ver *supra* (tópico 12.2, n. IV), a cláusula do devido processo legal deve ser interpretada numa perspectiva pós-positivista, sensível ao programa normativo (i.e., à Constituição e às leis) e ao domínio normativo (i.e., à realidade social)²¹⁷¹. Daí porque não se deveria tolher, com efeitos “*erga omnes*”, uma interpretação que, se não tem assento em texto constitucional expresso, tampouco contraria proibição literal. Mais do que isso, admitindo-se a ascendência axiológica do princípio da valorização do trabalho humano como fundamento maior da própria instituição da Justiça do Trabalho (artigos 1º, IV, 1ª parte, e 170, *caput*, da CRFB), será forçoso reconhecer a eficácia interpretativa desse princípio em matéria penal estrita, autorizando que

o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que **realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente** (g.n.)²¹⁷².

Seguramente não havia, nesse campo, interpretação mais adequada para a (re)valorização do trabalho humano que a exegese que acometia à Justiça do Trabalho a competência para o processo e o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho de

²¹⁷¹ Cf. Friedrich Müller, *Métodos de trabalho...*, pp.51 e ss. V. Ainda Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, jan./fev. 2004, v. 371, p.178, nota n. 7 (baseado no método normativo-estruturante de MÜLLER).

²¹⁷² Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, *op.cit.*, p.197.

afetação individual. Tal competência dispensava a literalidade, pois se tratava, como dito, de competência penal residual (que, a exemplo daquela exercida pela Justiça Estadual comum, podia exsurgir *implícita* no texto constitucional). E tampouco o elemento histórico evocado no item n. 23 da ADI n. 3684/2006 (rejeição, no Senado, nas emendas e destaques que pretendiam positivar a competência criminal da Justiça do Trabalho) tem o condão de repelir essa linha interpretativa, pelas razões apontadas há pouco: uma vez editada, a norma *desprega-se* do legislador, deixando de ser um repositório formal das vontades históricas do corpo legiferante. Do contrário, aniquilar-se-ia a indispensável possibilidade de interpretação histórico-evolutiva de textos normativos tão antigos como o Código Penal brasileiro (de 1940) ou a própria Consolidação das Leis do Trabalho (de 1943). Assim é que, no escólio de DINIZ DANTAS (com fundamento em DWORKIN),

“[n]ão existe algo como o significado objetivo, entendido como atribuição de sentido definitivo. Do ângulo da "teoria subjetiva", embora seja importante a investigação dos motivos e circunstância que impulsionaram a sua criação [das disposições legislativas], "a intenção do autor", quando se torna um método, implica as convicções do intérprete. [...] **A interpretação é por natureza o informe de um propósito: propõe uma maneira de ver aquilo que se está interpretando** — no caso do Direito, uma prática social argumentativa que se enuncia em textos — **como se isso fosse o produto da decisão de buscar um conjunto de temas, visões ou propósitos [...]**” (g.n.)²¹⁷³.

Em síntese: a despeito dos trabalhos prévios, das motivações e dos materiais legislativos que cercaram as primícias da EC n. 45/2004, após a sua edição havia que buscar, em primeiro lugar, a "*mens legis*" haurida da leitura constitucional sistemática (e não, mecanicamente, a "*mens legislatoris*" documentada).

Por tudo isso, temos por certo que da cláusula do devido processo legal ou dos princípios do juiz natural e do promotor natural não poderiam derivar, como derivaram, interpretações conforme ou declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto que *vedassem* o reconhecimento da competência penal da Justiça do Trabalho para ações penais

²¹⁷³ David Diniz Dantas, *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos*, 2ª ed., São Paulo, Madras, 2005, p.246. Em sentido semelhante, v. também Ferraz Júnior, *Introdução...*, pp.246-247.

condenatórias oriundas das relações de trabalho. No primeiro caso, chegar-se-ia a um engessamento impraticável do conteúdo de princípios que, por definição, atuam no sistema jurídico como mandados de otimização com caráter "*prima facie*". Cingi-los a um único conteúdo seria conspurcar-lhes a natureza mesma de princípio, impedindo a sua maior concretização pela evolução dos entendimentos pretorianos. No segundo caso, recusar toda e qualquer competência penal à Justiça do Trabalho — sobre aviltar, à vista do artigo 114, IV, a expressão literal do texto como limite jurídico-funcional da interpretação constitucional "*in genere*" (a "*Wortlaut*" de HESSE, ou o "*möglichen Wortsinn*" de *BverfGE* 34, 269) — seria romper com o paradigma da Reforma do Judiciário (competências "*a parte objecti*"), fazendo tábula rasa de princípios como o da eficiência administrativa, o da máxima efetividade (dos direitos sociais "*stricto sensu*") e a própria eficácia interpretativa do princípio da valorização do trabalho humano.

Cabia confiar ao sistema judiciário brasileiro e à sua jurisprudência a consolidação do alcance e do conteúdo das normas de competência do artigo 114, I, IV e IX da CRFB. Como outrora pontificou, no STF, o Min. MOREIRA ALVES (embora em outra situação),

“[q]uando declaro que uma interpretação é razoável, nem por isso estou declarando que outra interpretação, sobre o mesmo dispositivo, também não possa ser razoável. A razoabilidade de uma não implica, necessariamente, a desarrazoabilidade da outra”²¹⁷⁴.

“*Mutatis mutandis*”, se a interpretação conforme e/ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto houvesse sido aplicada nas origens dos debates judiciais em torno da competência da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento de ações rescisórias (v., hoje, Súmula n. 144 do C.TST) ou das ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho (v., hoje, STF, CC n. 7.204-1/MG, rel. Min. AYRES BRITTO), a jurisprudência nacional jamais teria evoluído e tais matérias não estariam definitivamente aduzidas à competência material dos juízes do Trabalho. Permitiu-se, num caso e noutro, que os tribunais do país cumprissem o seu papel criativo.

²¹⁷⁴ Cf. RTJ 92/1129.

Quanto à competência penal, todavia, não foi como procedeu o STF. A inflexão, nesse caso, foi morta em sua origem.

IX. Nada obstante, em abono à tese de que tais inflexões são praticáveis, caberá mencionar um outro precedente, em contexto algo diverso daquele anterior (competência penal da Justiça do Trabalho), mas com vários pontos de aproximação. Ao ser indagado sobre qual o órgão jurisdicional competente para o processo e o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra membros do Ministério Público estadual, o Supremo Tribunal Federal empregou raciocínio semelhante ao que a pouco propugnamos, invertendo-o. Está claro que a Constituição Federal brasileira é silente a respeito, pois só estabelece foro penal privilegiado para procuradores e promotores de Justiça em casos de crimes comuns e de responsabilidade (artigo 96, III, da CRFB); logo, para as ações penais condenatórias. Entendendo, porém, que a decisão do *habeas corpus* poderia, nessas hipóteses, importar em afirmação da prática de ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade ministerial (e, no limite, afirmação da prática de infração penal), o STF concluiu que o órgão competente para o julgamento do *writ* haveria de ser aquele mesmo a quem competiria julgar em tese a ação penal condenatória pela infração penal correspondente. Noutras palavras, os órgãos jurisdicionais de segunda instância, i.e., os tribunais de Justiça, os tribunais regionais federais, os tribunais regionais eleitorais e os tribunais militares. *In verbis*:

“[...] 4. Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta ao correspondente modelo federal, no qual — com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado — o princípio reitor é **conferir a competência originária para o *habeas-corpus* ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusado a autoridade coatora.** [...] Em matéria de competência para o *habeas corpus*, o sistema da Constituição Federal - com a única exceção daquele em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, c, e 102, I, c) - é o de conferi-la originariamente ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, d; 105, I, c). **O princípio tem óbvia explicação sistemática:** a decisão concessiva de *habeas corpus* traduz, com freqüência, provimento mandamental, a ser cumprido pela autoridade coatora, sob pena de prisão por desobediência” (STF, REx n. 141.209-7/SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 04.02.1992, in *DJU* 20.03.1992, p.3326 [g.n.]).

Ou, ainda mais propriamente:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 96, III). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARA QUE O TRIBUNAL A QUO PROSSIGA NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. [...] o fundamento dessa jurisprudência foi sempre o de que **da decisão do *habeas corpus* pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade**” (STF, REEx n. 141.211/SP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 26.05.1992, in *DJU* 28.08.1992, p.13456 [g.n.]).

Ora, a legitimidade da argumentação constitucional expendida alhures (n. VII) tem seguramente a mesma matriz que anima esses derradeiros julgados, se bem que às avessas. Lá como aqui, se a Justiça do Trabalho possui competência constitucional expressa para proferir decisão concessiva de *habeas corpus* em matéria sujeita à sua jurisdição (artigo 114, IV, da CRFB) — albergando todos os litígios *oriundos* de relações de trabalho —, e se nessa sede poderia vir a reconhecer incidentalmente ilícitos ou abusos idôneos a configurar crimes ou contravenções em tese (assim, *e.g.*, na ordem de *habeas corpus* que se denegasse ao executado-depositário ante a constatação de sua infidelidade pela prática de fraude à execução^{2175, 2176}), exsurgiria também “óbvia explicação sistemática” a sustentar a ideia de que, ao menos nesses nichos (mais restritos que os da tese originária), a decisão penal condenatória deveria lhe estar igualmente acometida. “*Ubi eadem ratio, ibi idem jus*”.

Mas não foi o que houve.

²¹⁷⁵ A fraude à execução configura crime, no Brasil, quando o sujeito ativo dolosamente “[f]raudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas”, sujeitando-se a penas de seis meses a dois anos de detenção, ou multa (artigo 179 do CP).

²¹⁷⁶ Após dezembro de 2009, essa é uma hipótese de *habeas corpus* que virtualmente já não admite denegação, diante da edição da SV n. 25 do STF: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. A súmula vinculante foi adotada pelo Excelso Pretório em vista do que dispõe o art. 7º, n. 7, do PSJCR (“*a contrario sensu*”), de que o Brasil é signatário. V. o tópico 10.4.3, *supra*. V. ainda, com crítica à referida súmula, Guilherme Guimarães Feliciano, “A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente capaz: um outro olhar”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jul./dez. 2009, v. 35, pp.109-135.

27.2. INFLEXÕES NO PRINCÍPIO DISPOSITIVO: “NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO”?

27.2.1. TUTELAS JUDICIAIS DE OFÍCIO E RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INÉRCIA JURISDICCIONAL: O CASO BRASILEIRO. LIMINARES CONTRA O PODER PÚBLICO

I. Já está fora de questão que o princípio dispositivo não limita o juiz, no que toca à *aplicação do direito*. A limitação, em princípio, atém-se à descrição dos fatos. Assim, no CPC português (artigo 664º):

“[o] juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264º”.

Nutras palavras, conquanto caiba às partes apresentarem os fundamentos jurídicos de suas pretensões, “*o direito invocado não vincula o juiz, que nesse campo é soberano*”²¹⁷⁷. No modelo português, ademais, o poder de averiguação oficiosa existe mesmo em relação ao direito estrangeiro, consuetudinário ou local, conquanto a prova incumba à parte (artigo 348º do CPC); e, de todo modo, deve-se *submeter ao contraditório* toda a matéria de direito (inclusive a que o juiz inovou), consoante artigo 3º, 3º²¹⁷⁸, de modo a prevenir “decisões-surpresa”.

Em larga medida, não é diversa a legislação brasileira e, de resto, a maior parte das legislações de base romano-germânica: afinal, “*iura notiv curia*” (ou “*curia novit legem*”, ou ainda — o que, para este efeito, também é o mesmo — “*da mihi factum, dabo tibi ius*”).

²¹⁷⁷ Cf. António Santos Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, v. I, p.73.

²¹⁷⁸ *In verbis*: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. No Brasil, o PL n. 6.025/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil, deverá positivar regra semelhante. Para a crítica parcial, v. *supra* o tópico 21.1, n. III.

Existem, porém, matizações importantes quando se analisam em cotejo os sistemas de “civil law” e de “common law”. Para alguns doutrinadores, a máxima sequer existiria na tradição jurídica anglo-saxônica: repetindo um comentador, “*perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule curia novit legem has never been and is not part of English law*” (F. A. MANN)²¹⁷⁹. A propósito, manifestando-se em litígio internacional de 1995, o advogado-geral do TJUE, FRANCIS JACOBS²¹⁸⁰, registrou ser realmente possível afirmar, em linha de tendência, que nos sistemas jurídicos europeus continentais a máxima “*iura novit curia*” tem plena aplicação, conferindo-se aos juízes liberdade para aplicar o direito adequado aos fatos deduzidos no tribunal (“*da mihi factum, dabo tibi jus*”), ainda que suas razões jurídicas não tenham sido sequer atinadas pelas partes; ao revés, nos sistemas jurídicos inglês, irlandês e escocês, o tribunal teria uma posição intelectualmente mais “passiva” (assume-se procedimentalmente que as cortes não detêm conhecimento jurídico *independente*, cingindo-se aos argumentos jurídicos apresentados pelas partes, com base nos quais — e apenas neles — decidirão os litígios). No entanto, essa distinção não é absoluta e sofre progressivos recuos nos dias atuais.

Mesmo nos sistemas de “civil law”, a aplicação do direito deve cingir-se às articulações dos fatos como as fizeram as partes, ditas “donas do litígio” (“*dominus litis*”); novos argumentos jurídicos não podem implicar em novas questões de fato; e, ademais disso, vários sistemas continentais conhecem restrições constitucionais ou legais à apreciação de certas questões de direito (assim, p.ex., quanto à constitucionalidade das leis ou quanto à aplicação da legislação comunitária, que não raro devem ser transferidas para um tribunal constitucional ou para uma corte internacional). Nos sistemas de “common law”, ao revés, há casos de aplicação do direito “*sponte sua*”, sem alegação das partes, quando se cuida de matéria de ordem pública (“*public policy*”); é o que ocorre, p.ex., quando o juiz nega-se a dar cumprimento a um contrato porque reconhece na sua

²¹⁷⁹ No mesmo sentido, cf. Mattias Derlén, *Multilingual interpretation of European Union law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2009, p.315.

²¹⁸⁰ Francis Jacobs, “*Opinion of Advocate General Jacobs in the European Court of Justice*”, cases C-430/1993 e C-431/1993, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfondsen voor Fysiotherapeuten*, in *European Court Reports*, 15.06.1995, pp.I-4705 e ss., §§33-35. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CC0430:EN:PDF> (acesso em 14.02.2012).

celebração a persecução de objetivos legalmente vedados²¹⁸¹.

Nesses termos, se é certo que o princípio dispositivo tende a circunscrever mais fortemente a construção jurídica nos tribunais de “*common law*”, também é certo que esses matizes quase não se percebem em cortes penais ou administrativas, perante as quais são dominantes as matérias de ordem pública. Outrossim, se mesmo nos sistemas de “*common law*”, mais avessos ao “*curia novit legem*”, as questões de ordem pública autorizam o conhecimento oficioso do juiz e a sua intervenção fora dos limites da lide predispostos pelas partes — mesmo no processo civil (*e.g.*, contratos ilegais) —, pode-se daí extrair um significado mais geral: o princípio dispositivo admite inflexões, “*si et quando*” as controvérsias envolverem questões de ordem pública. E — já se tem por adquirido em doutrina²¹⁸² — as *questões de direitos fundamentais* são, basicamente, *questões de ordem pública*. O que nos leva ao item seguinte.

II. Vimos alhures que a *instauração de instância* deve caber à parte, sendo mesmo um núcleo irredutível da garantia da imparcialidade (tópico 26.2, n. VI, 1); do contrário, o juiz tomaria as funções da parte, violando a “*terzietà*”. E, já por isso, sustentávamos a não recepção da norma do artigo 856 da CLT pela CRFB de 1988 — *supra*, tópico 22.2, n. IV, e nota n. 1804). Mas há outras variegadas situações em que o juiz depara-se com *questões de direito* que envolvem direitos humanos fundamentais em situação de crise (= lesão atual ou iminente), estando já instaurada a instância. Em tais casos, “*quid iuris*”?

Pensemos o caso brasileiro, retomando ilações anteriores (tópico 23.1, n. IV). No Brasil, o legislador deu um gigantesco passo em direção ao direito fundamental à tutela judicial efetiva quando introduziu no CPC, por força da Lei n. 8.952/1994, o seu atual artigo 273, pelo qual “[o] juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou

²¹⁸¹ Na expressão de um julgado inglês citado por JACOBS, “[w]here a transaction is on its face manifestly illegal the Court will refuse to enforce it whether the point is pleaded or not and whether either party raises the point or not, and even if the point arises for the first time on appeal. The reason for this rule is that the Queen's Courts may not be used to enforce unlawful contracts, whatever the wishes of the parties [...]” (§34).

²¹⁸² De fato, já é ilação recorrente entre os próprios civilistas — e aqui citamos o brasileiro GUSTAVO TEPEDINO — que a crescente necessidade de proteção da pessoa na atividade econômica privada promoveu, no âmbito das relações intersubjetivas (tradicionalmente privadas, de “coordenação”), uma *distensão do conceito de ordem pública*, que passa a se expandir para os domínios do Direito Civil (Gustavo Tepedino, *Temas...*, p.65). Cf. também a nota n. 561, *supra*.

parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”, exigindo-se, mais, dois requisitos alternativos: **(a)** a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (= tutela-prevenção); ou **(b)** a caracterização de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (= tutela-sanção).

A lei adjetiva dispõe, outrossim, que, na decisão antecipatória, o juiz indique de modo claro e preciso as razões do seu convencimento (§1º), no que atende a um limite constitucional imanente, a saber, a garantia da motivação judicial (*supra*, tópico 26.3, n. IV, 2); que não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§2º); que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas da execução provisória (§3º); que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (§4º); que de todo modo, concedida ou não a tutela antecipatória, prosseguirá o processo até final julgamento (§5º); que a tutela antecipada poderá ser igualmente concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso (§6º, incluído pela Lei n. 10.444/2002); e, por fim, que entre a tutela cautelar e a tutela sumária vigorará uma regra de *fungibilidade plena e recíproca*: “[s]e o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado” (§7º, incluído pela Lei n. 10.444/2002).

O instituto da tutela antecipada representou, em nosso entendimento, um ponto de viragem na processualística brasileira, desataviando-se do formalismo liberal que alimentara originalmente o Código Buzaid e guinando para um modelo de efetividade processual. Na doutrina nacional, amadurecida ao longo de quase duas décadas, toma-se hoje por pacífico que:

(a) a antecipação da tutela é medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito²¹⁸³;

²¹⁸³ J. J. Calmon de Passos, *Comentários...*, p.21.

(b) a antecipação de tutela perfaz modalidade de **tutela sumária satisfativa**²¹⁸⁴, inconfundível com a **tutela sumária cautelar**, que tem mérito próprio²¹⁸⁵ (sendo ambas *provisórias*);

²¹⁸⁴ Em sentido contrário, BEDAQUE objeta, de modo peremptório, que a hipótese do artigo 273, I, do CPC “não [...] trata de tutela de cognição sumária não cautelar, [...] visto que não apresenta a principal característica dessa forma de atuação jurisdicional, ou seja, a possibilidade de o provimento tornar-se definitivo”, porque “o processo tem seguimento normal e, ao final, será prestada a tutela definitiva, confirmando ou não aquela apresentada antecipadamente” (*Tutela cautelar...*, p.306). Todavia, melhor explicação encontramos em RUI PINTO (*A Questão...*, pp.225-226 e 260 e ss.), que — posto também veja cautelaridade no artigo 273, I, do CPC (*op.cit.*, p.266) — admite, sem maiores dificuldades, haver “gradações de intensidade da sumariedade procedimental que podem ser sistematizadas à volta de algumas características como a elasticidade na ocorrência e na intensidade das restrições por ela tranzidas e a proporcionalidade como critério de configuração concreta possível, nos termos gerais do princípio da celeridade processual” (*op.cit.*, p.261). No que diz com a elasticidade das restrições às garantias constitucionais, a chamada **sumariedade forte** — como na antecipação de tutela “inaudita altera parte” — supõe exatamente o diferimento do contraditório e a “procedência provisória da pretensão do autor” (*op.cit.*, p.262); nada obstante, segue sendo **tutela sumária** (e, quanto aos seus efeitos, inegavelmente **satisfativa**: a despeito de uma possível ordem de reversão, pode mesmo levar à alienação de bens e à liberação de dinheiro para o credor, *ut* artigo 475-O do CPC). Nesse preciso encaixe, extremando a tutela antecipada (satisfativa) da tutela cautelar, MARINONI observa que “[a] falta de distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar é o resultado de uma visão pan-processualista, onde não importa o resultado que a tutela jurisdicional proporciona ao consumidor do serviço jurisdicional, mas apenas as características formais e de ordem processual que permitem a sua identificação e conseqüente classificação” (*Antecipação...*, p.378); logo, “[a] **tutela cautelar não é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória em face do periculum in mora e a tutela cautelar stricto sensu**” (*idem*, p.379 [g.n.]). É, de fato, como pensamos. Veja-se, ademais, em MITIDIERO (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, pp.33-44), um precioso esforço de distinção entre *técnica antecipatória* e *tutela sumária* (a *satisfativa* e a *cautelar*), sendo aquela um *meio* para a realização dessa, que deve ser pensada a partir do direito material perquirido, i.e., da “teoria da tutela dos direitos” (pp.36-37). Nesse sentido, tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa, se deferidas em sede liminar, seriam “tutela antecipada” (p.39). Conquanto percebamos a intenção de apuro terminológico, ficamos com a tradição, que já *identifica* a expressão “antecipação de tutela” — como sugerida pelo artigo 273, *caput*, do CPC — com a tutela antecipatória *satisfativa*. Aliás, se fôssemos aplicar rigorosamente a lição, teríamos de dizer sempre “tutela *antecipada* satisfativa” (e não apenas “tutela satisfativa”, como faz MITIDIERO), porque obviamente a tutela sentencial definitiva procedente *também* é satisfativa. Assim, em todas as passagens desta Tese, as expressões “antecipação de tutela”, “tutela antecipada”, “tutela antecipatória” ou mesmo “tutela antecipada satisfativa” terão sido invariavelmente empregadas como formas reduzidas da sua locução completa: **medida antecipatória satisfativa dos efeitos da tutela de mérito principal**. Quando quisermos nos reportar à antecipação como mera *técnica processual*, diremos exatamente isso: “técnica antecipatória”.

²¹⁸⁵ Segundo RUI PINTO, mérito que se dissocia em dois elementos: o *elemento material*, que corresponde aos fatos constitutivos de um poder potestativo à constituição provisória de uma situação jurídica na esfera jurídica do requerido, idônea a remover o perigo de dano a um direito subjetivo ou interesse legalmente protegido (logo, uma *situação jurídico-material diversa* da situação jurídico-material que funda a ação principal); e um *elemento funcional*, que corresponde à constituição de uma situação jurídica acautelante de finalidade concreta pedida pelo requerente e de conteúdo fixado pelo juiz (cf. Rui Pinto, *A Questão...*, p.703). Há, pois, uma *pretensão cautelar material*, ou mesmo um **direito substancial de cautela** (OVÍDIO BAPTISTA); daí porque nem sequer é correto afirmar que o objeto da tutela cautelar é “resguardar o processo principal” (Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p.102): obtém-se, bem diversamente, a *constituição de uma situação jurídica provisória* (material), cuja finalidade é arrostar o perigo e, conseqüentemente, “resguardar o direito a outra tutela de direito ou a outra situação jurídica tutelável” (Mitidiero, “Tendências...”, p.37).

(c) a antecipação de tutela, na hipótese do artigo 273, I, do CPC (i.e., na modalidade *preventiva*, que se vincula à existência de perigo para certo direito subjetivo ou interesse material protegido), funciona como “**execução-para-segurança**” (ao contrário da tutela cautelar, que funciona como “**segurança-para-execução**”) ²¹⁸⁶, em modo de *tutela jurisdicional atípica* (na linha de uma “*generale tutelabilità*” ²¹⁸⁷ que configura, afinal, o ideal da tutela judicial efetiva, entendida como mandado constitucional de otimização);

(d) a técnica antecipatória (seja na tutela cautelar, seja na tutela antecipada satisfativa) é um modo de *equalizar* o processo, pois distribui de forma mais isonômica o ônus do tempo no processo ²¹⁸⁸;

(e) a técnica antecipatória (seja na tutela cautelar, seja na tutela antecipada satisfativa) tanto serve para as *tutelas de urgência* como também para as *tutelas de evidência* (e.g., artigo 273, §6º, do CPC);

(f) a *irreversibilidade* da tutela, apresentada na lei como condição necessária para a sua antecipação (artigo 273, §2º), deve ser lida “*cum grano salis*”: nas palavras de ALBINO ZAVASCKI ²¹⁸⁹, “é [em princípio] vedado antecipar-se efeitos da tutela que

²¹⁸⁶ Mitidiero, “*Tendências...*”, pp.36-37 (as expressões são de OVÍDIO BAPTISTA, inspirado em PONTES DE MIRANDA). No sentido contrário, supondo não haver diferenças entre medidas cautelares e medidas de antecipação de tutela fundadas no “*periculum in mora*”, cf. Costa Machado, “*Observações...*”, *passim* (v., *supra*, a nota n. 1745); e Bedaque, *Tutela cautelar...*, pp.306-307 (v., *supra*, a nota n. 2184), sendo ainda contundente à p.292: “A afirmação corrente de que a antecipação da tutela constitui execução para segurança, não segurança para execução, com o devido respeito, não passa de jogo de palavras. Se a cautelar tem sempre o caráter assecuratório como definidor de sua natureza, tanto faz tomar medidas para assegurar a futura execução (que, na precisão terminológica de Calamandrei, correspondem às cautelares meramente conservativas) como determinar a satisfação antecipada e provisória do direito, mediante a produção de determinados efeitos inerentes ao provimento final, a fim de assegurar sua efetividade”. Para as classificações de CALAMANDREI, ademais, v. Piero Calamandrei, *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000, *passim* (especialmente pp.54 e ss.). De nossa parte, como já dito (nota n. 2184), “satisfação antecipada do direito” não pode ser outra coisa senão *tutela sumária satisfativa*, i.e., “*declarações com dominante função executiva*” (Calamandrei, *Introdução...*, p.202), ainda que sujeita a algum grau de reversibilidade ou provisoriedade (v. artigo 273, §§2º e 3º, do CPC); mas, em alguns aspectos — como o cronológico —, uma tutela *ainda mais sumária e satisfativa* que, p.ex., a ação monitória, tida talvez como a mais “genuína” das tutelas sumárias satisfativas no sistema processual brasileiro.

²¹⁸⁷ Cf. Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp.76-77. V. também Mitidiero, “*Tendências...*”, pp.46-47.

²¹⁸⁸ V. Marinoni, *Antecipação...*, p.23.

²¹⁸⁹ Teori Albino Zavaski, *Antecipação da Tutela*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p.105 (g.n.).

produzam consequências irreversíveis no plano dos fatos”; no entanto — eis a *inflexão* —, “*sendo manifesta a verossimilhança do direito do autor e evidente o risco de dano em caso de sua não fruição imediata, a antecipação poderá ocorrer mediante prestação de caução*” (logo, poderá ser *deferida*, “*sub conditione*”).

Na última observação, ZAVASCKI parte do pressuposto — positivamente correto — de que a efetivação da tutela antecipada faz-se pelas regras da execução provisória (artigo 273, §3º, do CPC). No entanto, é preciso ter em conta o que já pontuamos: mesmo sob tal pressuposto, com o advento da Lei n. 12.232/2005, o artigo 475-O do CPC passa a permitir que o juiz autorize o levantamento de depósito em dinheiro e/ou a prática de atos que importem alienação de propriedade, ou outros de que possam resultar grave dano para o executado, desde que o interessado preste “*caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos*” (artigo 475-O, III); ou, mais excepcionalmente, passa a admitir mesmo que se pratiquem aqueles atos — eminentemente satisfativos, próprios de execuções definitivas²¹⁹⁰ — *independentemente* de caução (§2º, I e II), se **(a)** tratar-se de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito e o exequente demonstrar situação de necessidade, limitando-se a satisfatividade imediata ao montante de sessenta salários mínimos (teto que correspondeu em 2012, nos termos do Decreto n. 7.655/2011, a R\$ 37.320,00 = 60 x R\$ 622,00); ou **(b)** nos casos de execução provisória em que penda apenas agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ (i.e., casos de mínima probabilidade de reforma do título judicial exequendo), “*salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação*”, para o executado. Assim, o próprio legislador federal brasileiro já tratou de *amenizar* a condição da irreversibilidade para fins de antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

Sempre será, afinal, uma questão de **proporcionalidade**; e, por isso mesmo, as possibilidades de se antecipar efeitos faticamente irreversíveis da tutela de mérito estão, a rigor, muito além da hipótese alvitrada por ZAVASCKI ou mesmo dos lindes positivos da lei processual, desde que a ponderação concreta dos interesses em jogo permita aquela

²¹⁹⁰ Mesmo porque, como pondera MARINONI, “[a] tutela antecipatória permite execução completa fundada em cognição sumária” (*Antecipação...*, p.383).

antecipação. Em todo caso, “o princípio da menor restrição possível impõe que o juiz limite a antecipação aos efeitos indispensáveis a afastar o risco ou o obstáculo que se coloca presente, justificando sempre as razões de seu convencimento”²¹⁹¹; e, nas hipóteses de irreversibilidade fática, o juiz poderá amiúde *inflexir* a proibição formal do artigo 273, §2º, do CPC, antecipando efeitos virtualmente irreversíveis da tutela de mérito, na medida em que

“[a]dmittir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável”²¹⁹².

Ou — o que é o mesmo —, com TOMMASEO, “se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito subjetivo que pareça provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo também irreparável ao direito que lhe pareça improvável”²¹⁹³.

²¹⁹¹ Zavascki, *Antecipação...*, p.103.

²¹⁹² Marinoni, *Antecipação...*, pp.247 (itálicos no original). Nessa medida é que o autor busca distinguir, na exegese do parágrafo 2º do artigo 273 do CPC, entre “irreversibilidade do provimento” e “irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento”, elegendo como correto o primeiro sentido (pp.240-241), a apontar para uma irreversibilidade meramente jurídica (= inidoneidade para produzir coisa julgada material, ou para certas declarações ou constituições provisórias [p.383]), na linha do que dispõe o artigo 488 do *Code de Procédure Civile* francês: “*L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles*” (g.n.). Não é essa, entretanto, a interpretação que a doutrina majoritária — incluindo ZAVASCKI (*supra*) — empresta àquele texto. Também nos parece que, ao ditar a “irreversibilidade do provimento”, o legislador ordinário teve mesmo em conta os seus efeitos jurídicos e fáticos; do contrário, o dispositivo do parágrafo 2º seria inteiramente despiendo, à vista do que dispõe o próprio parágrafo 4º (“A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”), de modo análogo à segunda parte do artigo 488 do código francês. MARINONI busca, afinal, uma interpretação “alternativa” que justifique abstratamente hipóteses que na verdade dispensam justificações abstratas: se o problema é de proporcionalidade — e, logo, de “*substantive due process*” —, deverão ser resolvidos na aplicação da norma processual, “*in concreto*”, num momento lógico posterior à interpretação “cega” do texto normativo. E, nesse particular, acompanhamos o jurista paranaense ao divergir da exegese literal dada por DINAMARCO ao artigo 273, §2º, do CPC, no sentido de que “*não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vetados pela lei vigente*” (Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p.144). Tal interpretação é reducionista e não condiz com a garantia da tutela jurisdicional efetiva inerente ao “*procedural due process*”.

²¹⁹³ Ferruccio Tommaseo, “*Intervento*”, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Giuseppe Tarzia (dir.), Milano, Giuffrè, 1985, p. 307 (“*Se non vi è altro modo per evitare un pregiudizio irreparabile a un diritto soggettivo che appaia probabile, si deve ammettere che il giudice possa provocare un pregiudizio anche irreparabile al diritto che gli paia improbabile*”). V. também Marinoni, *Antecipação...*, pp.247-249 e nota n. 87.

Nessa medida, enfim, é que se deve entender a tutela antecipatória como *corolário do direito à adequada tutela jurisdicional* (MARINONI²¹⁹⁴), garantida pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (e, portanto, pelo próprio “*procedural due process*”), entroncando-se com o próprio “*substantive due process*”, notadamente quando colidem direitos humanos fundamentais. Afinal,

“[h]á casos [...] em que existem dois direitos fundamentais em colisão, e assim apenas as peculiaridades do caso concreto podem determinar qual deles deve prevalecer. Embora a solução da colisão entre direitos fundamentais deva necessariamente se dar na sentença, quando da tutela final, **é evidente que a necessidade de antecipação de tutela obriga o juiz a ponderar entre os direitos com os olhos nas circunstâncias presentes no curso do processo e, assim, através de um juízo de cognição sumária. Isto quer dizer que, diante de dois direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado na sentença e na decisão que trata da tutela antecipatória**”²¹⁹⁵.

Aumentam-se, indubitavelmente, as responsabilidades do Estado e também as do próprio juiz, como seu agente. Mas, repetindo ainda uma vez MARINONI, “*um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada. O novo juiz [...] deve tomar consciência da sua maior responsabilidade perante a sociedade porque, a partir de agora, tem mais poder*”²¹⁹⁶ — o que deriva, diga-se, não de uma aspiração corporativista e egoísta à “juristocracia” (*supra*, tópico 13.3), mas da própria revisão hermenêutica do modelo republicado de “*checks and balances*” (*supra*, tópico 13.1).

III. Mas o problema inicial remanesce. Uma vez instaurada a instância, quando à vista dos fatos expostos pelas partes o juiz divisar *questão jurídica jusfundamental* (= ordem pública) que não possa ser equacionada sem a relativização do princípio dispositivo, estará impedido de fazê-lo?

²¹⁹⁴ *Antecipação...*, pp.163-174.

²¹⁹⁵ *Op.cit.*, p.255 (itálicos no original, negritos nossos).

²¹⁹⁶ *Op.cit.*, p.252.

Já vimos que não (tópico 23.1, n. IV). Conquanto o artigo 273, *caput*, do CPC tenha consagrado o princípio dispositivo ao reger a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, é certo que o princípio dispositivo não integra o núcleo duro de nenhum dos direitos constitucionais processuais examinados (*supra*), exceto no momento da instauração da instância (em que a iniciativa judicial faria o juiz confundir-se *formalmente* com o autor da ação). Logo, o “*ne procedat iudex ex officio*” sujeita-se às *restrições dialógicas*, onde e quando couber; assim como se dá, aliás, com a própria objeção formal de irreversibilidade. Daí termos concluído que a inflexão pontual do procedimento, no que exige requerimento formal para a antecipação da tutela, *não vulnera* o conteúdo essencial do direito ao procedimento (e à segurança jurídica); do contrário, se compusesse o “núcleo irreduzível” até mesmo essa formalidade incidental — a saber, o *pedido expresse* do que é geralmente óbvio (quem reclama em juízo, amiúde reclama para breve) —, todos os restantes aspectos seriam intocáveis e não haveria sequer espaço para o exercício da conformação legislativa (de modo que o legislador não poderia, p.ex., ter autorizado a antecipação de ofício nos casos de incontrovérsia fática, como aparentemente fez no parágrafo 6º). Está resguardado, assim, o metalimite imanente do “*substantive due process*”.

De conseguinte, a inflexão pontual da norma de procedimento do artigo 273, *caput*, do CPC dependerá sempre do equacionamento particular dos *limites dialógicos* do “*substantive due process*” em cada situação; ou seja: novamente, os juízos de ponderação concreta. Sugeríamos alhures um “roteiro-padrão” para esse equacionamento, como segue:

- (i) identifica-se a hipótese de risco iminente à integridade de direitos fundamentais substanciais;
- (ii) identifica-se o contexto normativo, i.e., quais os outros direitos e garantias associados à satisfação daquele primeiro direito;
- (iii) identificam-se os direitos e garantias em colisão, notadamente os de cariz processual, e o respectivo contexto normativo;

(iv) concebem-se as soluções possíveis, dentro de um marco de discricção judicial balizada sistêmico-objetivamente;

(v) procede-se aos juízos concretos de proporcionalidade e de máxima tangibilidade (= metalimites dialógico e imanente²¹⁹⁷); e

(vi) decide-se com base no resultado dos dois juízos concretos anteriores, articulando-se e publicitando-se os respectivos raciocínios.

E em que concretas situações forenses esse equacionamento resolve-se a favor da inflexão formal?

Apresentamos acima um exemplo real, ao tratar da discricionariedade judiciária do juiz construtivo no Estado pós-moderno: pode-se antecipar de ofício os efeitos da tutela condenatória, *e.g.*, quando se tratar de autor hipossuficiente econômico que pede prioridade de tramitação, reclama verbas rescisórias trabalhistas documentalmente provadas — mas resistidas com argumentos “*prima facie*” ilegítimos — e, no entanto, deixa de formular um pedido formal de tutela antecipada. O caráter alimentar das verbas rescisórias, que mais se realça pelo pedido de prioridade processual, suplanta a mera omissão formal. O mesmo se diria, *e.g.*, de ação movida em face da União, do Estado e/ou do Município (SUS), reclamando a concessão de medicamento imprescindível para a manutenção das funções vitais: a ausência de requerimento formal de antecipação de tutela não parece ser razão bastante para impedir a imediata satisfação do pleito, por mandamento “*ex officio*”, ante a verossimilhança das alegações.

Mas outras hipóteses mais gerais podem ser recolhidas na doutrina e na jurisprudência, ilustrando a possibilidade de inflexão do princípio dispositivo no marco da

²¹⁹⁷ Neste caso, como visto, o metalimite imanente já estaria resolvido: a relativização do princípio dispositivo para a antecipação dos efeitos da tutela de mérito não malfere o núcleo intangível de qualquer direito fundamental, diante do próprio exercício conformador — e flexibilizador — protagonizado pelo legislador ordinário ao ensejo da Lei n. 10.444/2002 (que acrescentou ao artigo 273 o seu atual parágrafo 6º, a prever a concessão da tutela antecipada “*quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso*”, sem qualquer menção ao “*requerimento da parte*”). É o que MARINONI denomina de “tutela antecipatória fundada em direito evidente” (*Antecipação...*, p.388).

tutela antecipada, notadamente no marco da efetivação dos direitos sociais (“*lato*” e “*stricto sensu*”). Vejamos.

MARMELSTEIN LIMA²¹⁹⁸ identifica, a esse propósito, três hipóteses-paradigmas fundamentais, a saber: (i) pedidos de verbas alimentícias decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais que trazem implícita a necessidade de imediata obtenção e fruição; (ii) pedidos formulados sem postulação técnica perante juizados especiais cíveis ou órgãos da Justiça do Trabalho²¹⁹⁹; e (iii) pedidos de revisão ou de concessão de benefícios previdenciários em que *propositadamente* não há requerimentos de tutela antecipada, porque há conflito de interesses entre o advogado e a parte: a antecipação obviamente interessa ao autor, mas não interessa ao advogado — que não a deduz —, porque haveria redução no valor da futura execução, sobre os quais afinal seriam calculados os seus honorários. Em todas essas situações, exsurge evidente que a exigência do “requerimento da parte” não seria mais que uma obstaculização formal de direitos alimentares que, pela própria natureza, reclamam pronta fruição. No limite, sacrificar-se-ia a integridade biológica ou social da pessoa em prol da observância da devida forma procedimental, o que evidentemente é incompatível com qualquer leitura constitucional razoável do processo civil. Como obtempera o mesmo autor,

“os tradicionais princípios processuais consagradores da inércia jurisdicional [...] não devem servir de escudo para um comportamento inerte e passivo do magistrado. O juiz, moralmente comprometido com a missão de realizar o justo, inquieto diante da complexidade procedimental, criará, ele próprio, alternativas propiciadoras da efetividade processual, não se tranquilizando com a auto-escusa calcada nas deficiências do sistema”²²⁰⁰.

²¹⁹⁸ George Marmelstein Lima, “*Tutela antecipada de ofício?*”, in *Revista CEJ*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, out./dez. 2002, n. 19, pp.90-93.

²¹⁹⁹ Como já realçado neste estudo, a legislação federal brasileira admite, em ambos os casos, que o próprio cidadão leigo exerce seu “*ius postulandi*”, sem necessidade da presença de um advogado. Cf., respectivamente, o artigo 791, *caput*, da CLT, e o artigo 9º, *caput*, da Lei 9.099/1995. A Lei n. 8.906/1994 — Estatuto da Advocacia — pretendeu revogar tais dispositivos, à vista da regra constitucional de indispensabilidade do advogado (artigo 133 da CRFB); mas foi nessa parte reputada inconstitucional (STF, ADI n. 1.127), inclusive por malferir, entre outras, a garantia de pleno acesso à justiça. No Brasil, ainda há rincões onde o cidadão não logrará localizar advogado para deduzir suas pretensões em juízo.

²²⁰⁰ *Op.cit.*, p.92. Em sentido semelhante, pela *possibilidade* — embora excepcional — da antecipação “*ex officio*” dos efeitos da tutela de mérito, sem porém sistematizar hipóteses-paradigmas, v. Bedaque, *Tutela*

Na jurisprudência, contrariando as tendências conservadoras que ainda predominavam na primeira década deste século (*e.g.*, TRF 5ª Reg., Apel.Cível n. 336991-PB (03720030125910), 2ª T., rel. Des. FRANCISCO CAVALCANTI, *in* DJ 02.05.2005, p.546), podem-se mencionar, “*ad exemplum*”, os seguintes julgados federais (todos calcados em *ponderações concretas*):

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ANISTIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL *EX OFFICIO*. I - A tutela antecipada pode ser deferida de ofício quando presente, além da verossimilhança da alegação, o **risco de dano irreparável pela demora na entrega da prestação jurisdicional por ser o autor pessoa de idade avançada**” (TRF 2ª Reg., ED-Apel. Cível n. 187858, 3ª T., rel. Des. TÂNIA HEINE, *in* DJ 07.03.2005 [g.n.]).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONCESSÃO *EX OFFICIO*. REGRA. IMPOSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE REGISTRO DE CADASTRO NEGATIVO. LEGITIMIDADE. 1. Em sede de antecipação dos efeitos da tutela, não pode o juiz, a rigor, se pronunciar *ex officio*, **somente o admitindo a jurisprudência pátria em casos excepcionalíssimos, como, por exemplo, nas hipóteses em que houver perigo de vida**” (TRF 2ª Reg., AI n. 75540, 5ª T., rel. Des. ALBERTO NOGUEIRA, *in* DJU 01.06.2004 [g.n.]).

“PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA *EX OFFICIO*. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Em homenagem à busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional, conjugada com a necessária imediatidade que o fato concreto exige (a pretendente ao benefício de natureza alimentar tem sessenta e nove anos de idade), **é viável a possibilidade da concessão da medida antecipatória de ofício**. [...] 3. No presente caso, os requisitos da idade, do desempenho da atividade rural e do tempo em que foi exercida restaram comprovados através do (s) documento (s) colacionado (s) ao feito e da oitiva de testemunhas. Não há, assim, que se falar em ausência de prova material. Ademais, **conforme o caso, a prova**

cautelar..., pp.351 e ss. (v., *supra*, nota n. 40); Antonio Carlos Marcato [org.], *Código...*, p.807 (com os comentários do mesmo BEDAQUE).

exclusivamente testemunhal deve ser admitida” (TRF 5ª Reg., Apel. Cível n. 345950 (2000.81.00.001652-0), 4ª T., rel. Des. LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, in DJ 07.03.2005 [g.n.]).

No derradeiro caso, aliás, o tribunal federal não apenas infletiu a regra formal do artigo 273, *caput*, do CPC, como ainda infletiu outra regra procedimental, de direito probatório, inserida no artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/91 (pela qual “[a] *comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial [...], só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento*” [g.n.]). Pontificou-se, na espécie, que a ponderação concreta dos interesses materiais em jogo poderá perfeitamente conduzir a que se admitam, em casos excepcionais, provas *exclusivamente testemunhais* para a prova do tempo de serviço rural — até mesmo fora do “disposto no Regulamento”.

Infletir, afinal, para *humanizar*.

IV. E o Poder Legislativo poderia, a seu talante, simplesmente *suprimir* a norma-regra dos artigos 273 e 461 do CPC, fazendo o direito processual brasileiro retroceder em quase vinte anos? Noutras palavras, tudo o que se apresentou até aqui, no sentido de infletir o procedimento do artigo 273 do CPC a fim de lograr tutelas efetivas em situações de crise de bens jurídicos fundamentais, estaria baldado à primeira penada do legislador, com a simples revogação formal daqueles preceitos (de modo que já não só se proibissem antecipações de ofício, como já não coubessem antecipações “*tout court*”)?

Há quem diga que sim. Entre os brasileiros, CALMON DE PASSOS²²⁰¹ tem sustentado que

“a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do art. 5º. da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, **sendo a execução provisória e a antecipação da tutela**

²²⁰¹ José Joaquim Calmon de Passos, *Da Antecipação de Tutela: Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p.189.

problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que isto incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura[m] interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado. [...] Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei eliminem ou restrinjam a antecipação de tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses” (g.n.).

Não é, porém, o que nos parece. Como visto no tópico 26.1, o jurisdicionado tem o direito fundamental à efetividade da jurisdição, o que compreende “*a possibilidade de utilização da técnica processual capaz de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material*”²²⁰². Se se trata de um direito fundamental, essa “possibilidade” não pode lhe ser simplesmente negada, ao alvitre do legislador. A rigor, ambas as tutelas sumárias, se se devem à situação de perigo (i.e., tutela cautelar e tutela antecipatória preventiva), consubstanciam o binômio segurança/efetividade: respectivamente, *segurança-para-execução* (na cautela) e *execução-para-segurança* (na antecipatória)²²⁰³. E isso não é outra coisa senão dar concreção, nos contextos de periclitância, à garantia da *tutela judicial efetiva*, para que não se percam o direito subjetivo ou o interesse material protegido pelo mero decurso do tempo. Vai daí que *suprimir* essas modalidades de tutela — ou mesmo suprimir a *técnica antecipatória* que potencializa a sua instrumentalidade (i.e., abolir a tutela antecipada satisfativa e proibir as liminares cautelares) — seria um modo oblíquo de *retroceder* na dimensão legal-positiva já otimizada do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. É, ademais, como sustenta ALBINO ZAVASCKI²²⁰⁴ (acerca dos fundamentos constitucionais das tutelas provisórias):

“a) o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal;

²²⁰² Marinoni, *Antecipação...*, p.377.

²²⁰³ Mitidiero, “*Tendências...*”, pp.36-38.

²²⁰⁴ Zavascki, *Antecipação...*, p.69.

b) trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida obrigatoriamente pelo juiz;

c) por ser inerente à função de decidir conflitos, é **poder que decorre não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante a dos arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil**, até pela singela razão de que ‘o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei’ (CPC, art. 126)”.

Noutras palavras, ainda que o legislador ordinário deliberasse *revogar* o artigo 798 (tutela cautelar) ou o artigo 273 (tutela sumária satisfativa) da lei processual civil brasileira, *o juiz poderia lançar mão de semelhantes técnicas processuais*, a depender das necessidades do caso concreto, para fazer valer direitos fundamentais em crise que processualmente se manifestassem como “direitos prováveis”²²⁰⁵ cujo sacrifício não se pudesse razoavelmente exigir à vista dos interesses materiais contrapostos.

De relevante, ainda, convém observar que, à maneira de muitos, CALMON DE PASSOS compreende as antecipações de tutela configuram “preterição parcial” das garantias do devido processo legal. Algo semelhante lê-se em RUI PINTO, sobre as tutelas sumárias (que distingue entre *tutela antecipatória* — MITIDIERO diria *satisfativa* — e *tutela cautelar*, conforme a tutela sumária tenha mérito coincidente com a tutela plena ou, ao revés, tenha mérito autônomo²²⁰⁶): são modos de “*tutela produzida com restrições às garantias constitucionais por necessidade de cumprir uma função: evitar os danos*

²²⁰⁵ “Direitos prováveis” que, na acertada ilação de MARINONI, pertencem à esfera *jurídico-processual*, não à esfera jurídico-material: “[...] a ‘existência’ do direito é algo que pertence ao plano do direito material. Quando estamos no plano do processo e, em particular, do juízo sumário, está em jogo a probabilidade de existência do direito afirmado e, portanto, o ‘direito provável’, que é uma categoria, assim como a do ‘direito líquido e certo’, pertencente ao processo. Nutras palavras, **quando nos referimos ao ‘direito provável’, estamos nos valendo de uma categoria de direito processual**” (*Antecipação...*, p.247 [g.n.]).

²²⁰⁶ Rui Pinto, *A Questão...*, pp.267-301.

decorrentes do tempo processual”²²⁰⁷. Ora, se *restringem* o devido processo legal e suas garantias constitucionais, são *inflexões* conformadas pelo legislador. Mas, tomando-se o caso brasileiro, a positivação do devido processo legal como *cláusula pétrea constitucional* (ut artigo 60, §4º, IV, c.c. artigo 5º, LV, da CRFB) não impediria tal flexibilização, na medida em que se veda qualquer iniciativa de lei — constitucional ou infraconstitucional (= limites superiores e limites inferiores) — meramente *tendente* a abolir direitos e garantias individuais? Não seriam, então, *inconstitucionais* todas essas formas alternativas de tutela jurisdicional?

Não. E não o são precisamente porque, nos contextos de prováveis tensões entre direitos individuais fundamentais — praticamente todos vazados, no caso brasileiro e também no português (artigo 288º, “d” e “e” da CRP), em cláusulas pétreas constitucionais —, reabre-se ao legislador ordinário um poder conformador muito específico (amenizando-se eventuais “limites inferiores”²²⁰⁸): o de *harmonização* “*in abstracto*” dos direitos fundamentais tendencialmente colidentes, *coordenando* interesses materiais que não se podem jamais suprimir do programa normativo. Nesse encaixe, nos focos de tensão entre *segurança jurídica* e *efetividade jurisdicional*, as **tutelas provisórias** — cautelares e antecipatórias — revelam-se como o mais perfeito instrumento legislativo de harmonização de direitos fundamentais (mesmo porque, “*por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo*”, entre um e outro direito), tocando especialmente à calibração do fator *tempo*. Isso porque, voltando a ZAVASCKI (e à conclusão “b” do excerto anterior),

“o decurso do tempo, como todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Sempre que se tiver presente situação dessa natureza — em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição — ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora. Ora, a harmonização — porque

²²⁰⁷ *Idem*, p.260 (g.n.).

²²⁰⁸ Na prática, não é tarefa simples delimitar “reservas de matéria constitucional”, que só pudesse ser plasmada pelo legislador constituinte. V., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.994.

supõe *pluralidade* de elementos a serem harmonizados — não pode se dar, simplesmente, à custa da eliminação de um dos direitos colidentes. Isto não seria uma solução *harmonizadora* (conciliadora, congraçadora, conformadora) dos elementos em conflito, mas sim uma solução de *desarmonização*, se assim se pode dizer, pois equivaleria a excluir do sistema jurídico, como se dele não fizesse parte, um dos direitos conflitantes. A solução conformadora deve ocorrer, isto sim, de modo a que *todos* os direitos colidentes sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados [...]²²⁰⁹.

Logo, as inflexões que as tutelas processuais provisórias carregam ao devido processo formal (ou à sua concepção liberal, que fetichiza as tutelas definitivas e as cognições exaurientes) não implicam agressões constitucionais, mas antes funcionam como *elementos de “lubrificação”* do sistema jurídico, permitindo que duas dimensões colunares do “*due process of law*” — a segurança jurídico-formal e a efetividade jurisdicional — sigam convivendo harmonicamente nos espaços forenses. Sem essas saudáveis inflexões é que, reversamente, poder-se-ia ter em risco existencial um ou outro predicado do devido processo legal, à vista das tensões concretas que diuturnamente protagonizam nas cortes judiciais.

V. Alfim, em se tratando de liminares e cautelares, uma derradeira questão se põe, quanto à sujeição processual passiva do próprio *Estado*. E, portanto, põe-se já não propriamente com relação ao princípio dispositivo e à inércia jurisdicional “*ex potestate partis*”, mas ao que chamaríamos de inércia jurisdicional “*ex potestate legis*”. Afinal, por vezes não é a inação da parte que impede a atuação jurisdicional, mas um obstáculo legal-positivo. É o que se passa, especificamente no Brasil, com o problema das **medidas liminares em face do poder público** (*supra*, tópico 1.1, n. III, caso n. 3), em sede de tutela cautelar ou sumária.

Acuado com uma profusão de decisões judiciais liminares que constroem a União e outros entes federativos a anteciparem pagamentos ou reposicionarem políticas

²²⁰⁹ Zavascki, *Antecipação...*, p.67.

públicas, sob as mais diversas circunstâncias²²¹⁰, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional, em meados da década de noventa, o projeto de lei que se tornou a Lei n. 9.494, de 10.09.1997 (“[d]isciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública” e dá outras providências). Seu artigo 1º assim dispôs:

“**Art. 1º.** Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964²²¹¹, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966²²¹², e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992²²¹³”.

Do dispositivo e da legislação reportada deduzia-se, portanto, que os juízos e tribunais já não poderiam deferir, contra o poder público, liminares cautelares ou antecipatórias que **(a)** esgotassem total ou parcialmente o objeto da ação (logo, praticamente *todas* as liminares antecipatórias, já que a sua finalidade é justamente antecipar sumariamente os efeitos finais da ação); e/ou que **(b)** compensassem créditos tributários ou previdenciários, entregassem mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificassem ou equiparassem servidores públicos, concedessem aumentos, estendessem vantagens ou efetuassem pagamentos de qualquer natureza.

²²¹⁰ Em alguns nichos políticos, para designar esse fenômeno, empregou-se mesmo a expressão “*farra de liminares*”.

²²¹¹ Hoje revogada pela Lei n. 12.016/2009 (nova Lei do Mandado de Segurança), cujo artigo 7º, §2º, manteve, entretanto, a mesma norma a que remetia o artigo 1º da Lei n. 9.494/1997: “[n]ão será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

²²¹² Hoje revogada pela Lei n. 12.016/2009 (nova Lei do Mandado de Segurança).

²²¹³ O artigo 1º dispõe (com a redação alterada por diversas medidas provisórias) que “[n]ão será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”; e, mais que “[n]ão será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal” (§1º), exceto nas ações populares e nas ações civis públicas (§2º); enfim, o preceito estatui que “[n]ão será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação” (§3º [g.n.]), além do que “[n]ão será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários” (§5º). O artigo 3º dispõe sobre o efeito suspensivo de qualquer recurso voluntário ou “*ex officio*” interposto contra sentença cautelar proferida em face de pessoa jurídica de direito público ou seus agentes que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. O artigo 4º concede poderes ao presidente do tribunal “*ad quem*” para suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Logo depois, urdindo meticulosa estratégia jurídica, a Advocacia-Geral da União ajuizou *ação declaratória de constitucionalidade* (artigo 102, I, “a”, 2ª parte, da CRFB, com a redação da EC n. 03/1993) para impedir que juízes de todo o país pudessem, em sede de controle difuso de constitucionalidade, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 9.494/1997, voltando a deferir liminares daninhas aos interesses do governo. Tratava-se da ADC n. 04/DF, que caiu para a relatoria do Min. SYDNEY SANCHES. Pouco depois, o STF proferia medida cautelar nos autos da ação declaratória, com o seguinte teor:

“AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, da 10.09.1997: “Art. 1º . Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º , 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” **2.** Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior — o STJ — a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. **3.** Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da CF, para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: ADC n. 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. **4.** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º , da CF. **5.** Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do STF: RTJ-76/342. **6.** Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADI/MC 1.576-1. **7.** Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma

impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "*ex nunc*", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "*ex nunc*", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido" (STF, ADC n. 4 MC/DF, TP, rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 11.02.1998)²²¹⁴.

Diante disso, parecia que, a partir da concessão da cautela, já não se vissem mais quaisquer medidas liminares que *esgotassem* total ou parcialmente o objeto da ação (artigo 1º, §3º, da Lei 8.437/1992) e fossem capazes de acarretar prejuízos econômicos imediatos à Fazenda Pública. Afinal, a Lei n. 9.494/1997 — uma vez remetendo à Lei n. 8.437/1992 e declarada constitucional pelo STF²²¹⁵ (com consequentes efeitos "*erga omnes*") — jungia-se ao cabedal de regras infraconstitucionais que compõem o "*procedural due process*"; nada mais poderia ser feito fora dos lindes do poder conformador legislativo.

Mas quem assim especulou frustrou-se. A necessidade, aliada a juízos concretos de proporcionalidade, abriu seus próprios cursos e encontrou os seus caminhos, infletindo a nova regra procedimental. Vejamos.

VI. Já a partir de 2001, o próprio STF abria as primeiras brechas, diante de inflexões praticadas nas instâncias inferiores. O Min. NÉRI DA SILVEIRA decidiu, na

²²¹⁴ Em 01.10.2008, o Tribunal Pleno do STF confirmou a medida cautelar (vencido o Min. MARCO AURÉLIO MELLO), basicamente com os mesmos argumentos. O acórdão ainda não foi publicado.

²²¹⁵ E, diga-se, não também sem certa inflexão procedimental: como reconheceu o Min. SYDNEY SANCHES em seu voto (e, bem assim, os demais ministros), o procedimento original da ADC, no texto constitucional, não previa a possibilidade de se deferirem medidas cautelares (e, no entanto, deferiu-se a cautela, com base nas necessidades concretas do caso e no poder geral de cautela dos tribunais, "*imane ao ato de julgar*"). Mas se o poder geral de cautela, imane ao ato de julgar, era também imane ao texto constitucional (tanto que desde logo vinculado ao procedimento da ADC, independentemente de texto de lei ordinária), poderia a lei ordinária ("*in casu*", a Lei n. 9.494/1997) *limitar* o poder de cautela de todos os demais juízes do país? O poder geral de cautela admitiria, pois, *qualquer* conformação legislativa? Essas perguntas jamais foram respondidas.

Reclamação n. 1015/RJ (2001) e depois em sede de agravo regimental na Reclamação n. 1831/MS (2002), que a “[d]ecisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária” (como visto, aliás, nos variegados julgados reproduzidos *supra*, no n. III), mesmo porque “[o] disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5021, de 9.6.1966, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos”; e, quanto à Lei n. 8.437/1992, sustentou, na decisão do agravo, que a concessão liminar antecipada de benefício previdenciário não esgotava “todo” o objeto da ação (conquanto o par. 3º do seu artigo 1º utilizasse a expressão “no todo ou em qualquer parte”). Para mais, no plano abstrato, o relator considerava que a Lei n. 9.494/1997 referia-se, pelas suas várias remissões legislativas, a *vencimentos e vantagens de servidores públicos*, de modo que “[n]ão cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma [Lei n. 8.437/1992] *exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria*” (STF, Rcl n. 1015/RJ, TP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 30.05.2001; STF, AgRg na Rcl n. 1831/MS, TP, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 07.03.2002²²¹⁶). Essa decisão se repetiria sucessivas vezes nos anos seguintes²²¹⁷. Desde então, em quaisquer graus de jurisdição, tornaram-se possíveis medidas liminares cautelares e sumárias que

²²¹⁶ O entendimento seria depois confirmado na própria reclamação: “*Reclamação. 2. Matéria previdenciária. Concessão de tutela antecipada em favor de menores impúberes, para recebimento de pensão de policial militar. 3. Alegada violação à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 4, Rel. Ministro Sydney Sanches. 4. Inaplicabilidade da decisão proferida na ADC n. 4 a matéria previdenciária. Precedentes: Reclamações 798, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1.015 e 1.122, da relatoria do Ministro Néri da Silveira. 5. Reclamação que se julga improcedente*” (STF, Rcl 1831/MS, TP, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 20.02.2003 [g.n.]).

²²¹⁷ V., por todos, STF, Rcl n. 1257/RS, TP, rel. Min. SYDNEY SANCHES, in DJ 07.02.2003 (denotando, à altura, a pacífica jurisprudência da corte, a ponto de o relator apenas se reportar ao parecer do Ministério Público). *In verbis*: “**DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA, DE PAGAMENTO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE DERESPEITO À DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA ADC 4-DF. 1.** O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que **a decisão proferida na ADC 4-DF não se aplica às hipóteses de pensões previdenciárias. 2. Precedentes. 3.** Adotadas a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer do Ministério Público federal, bem como as dos precedentes nelas referidos, além de outros no mesmo sentido, a Reclamação é julgada improcedente, cassada a medida liminar concedida” (g.n.). Ainda: “Plenário deste Supremo Tribunal fixou o entendimento de que a decisão prolatada no julgamento liminar da ADC nº 4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica aos casos que tenham por objeto matéria de natureza previdenciária. Precedentes: Reclamações nºs 1.122 e 1.015, Rel. Min. Néri da Silveira; 1.014, Rel. Min. Moreira Alves. Reclamação julgada improcedente” (STF, Rcl n. 1067/RS, TP, rel. Min. ELLEN GRACIE, in DJ 04.09.2002 [g.n.]).

antecipassem, no todo ou em parte, os benefícios reclamados nas ações previdenciárias em geral, privilegiando a necessidade concreta de segurados (para os quais os benefícios previdenciários geralmente têm natureza *substitutiva* em relação aos salários; logo, caráter estritamente alimentar).

Para além dessa brecha, outras várias se entreabriram, a partir de decisões judiciais de primeiro e segundo graus. Em situações de periclitância, juízes estaduais e federais passaram a deferir liminares em face de cidadãos que viam frustradas suas pretensões de obter gratuitamente, junto ao Sistema Único de Saúde (SUS), medicamentos para suas enfermidades. Ante a gravidade do caso e a impossibilidade econômica do cidadão, e à vista do que dispõem os artigos 6º e 196 da CRFB, o Estado tem sido repetidamente instado “*ex iure*” a fornecer as medicações que administrativamente recusara, inclusive antes mesmo do julgamento definitivo da lide. Assim, a começar pelos próprios tribunais superiores:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PESSOA CARENTE PORTADORA DE DOENÇA DE ORIGEM NEUROLÓGICA. LEI 9.908/93 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente que diz respeito a doença de origem neurológica, assim decidiu: “*ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*”. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido”. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, REEx n. 256327/RS, 1ª T., rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 25.06.2002)²²¹⁸.

²²¹⁸ O aresto, posterior à decisão liminar na ADC n. 04/DF, tratava de segurança concedida pelo TJRS em favor do recorrido. Na insurgência perante os tribunais superiores, o Estado do Rio Grande do Sul esgrimia, entre outros argumentos, com a norma do artigo 1º, §3º, da Lei n. 8.437/1992.

“CONSTITUCIONAL - RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA – E.L.A. - ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento. 1. A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia estão na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. **2.** É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. **3.** Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado” (STF, Ag n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). **4.** Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). **5.** Tendo em vista as **particularidades do caso concreto**, faz-se **imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.** **6.** Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. **7.** Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente” (STJ, RMS n.

11.183/PR (1999/0083884-0), 1ª T., rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 22.08.2000 [g.n.]]²²¹⁹.

Já nos tribunais estaduais, a jurisprudência chega a ser remansosas (e de regra mais explícita quanto à questão da medida liminar):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS À VIDA E À SAÚDE. Restando comprovado que o menor necessita do medicamento postulado, prevalece o direito constitucional à saúde da criança e do adolescente. **O princípio da dignidade humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes, além do exame da prova dos autos, conduz ao pronto atendimento do pedido da inicial.** Agravo de instrumento provido” (TJRS, AI n. 70029945854, 8ª Câmara Cível, rel. Des. CLAUDIR FIDELIS FACCENDA, j. 07.05.2009 [g.n.]).

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DESTINADO A TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO EM SUAS TRÊS ESFERAS, SOLIDARIAMENTE - TRATAMENTO PERIÓDICO E CONTÍNUO - INOCORRÊNCIA DE CARÁTER SATISFATIVO DA MEDIDA LIMINAR - AUSÊNCIA DE PROVA DA NEGATIVA - FATO PÚBLICO E NOTÓRIO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - 1. Compete ao poder público, em suas três esferas — União, Estado e Municípios — solidariamente — fornecer tal medicamento gratuitamente, porquanto **a vida e a saúde** serem [sic] direitos tutelados constitucionalmente, podendo, portanto, a agravada, dirigir o seu pleito contra qualquer um dos entes públicos acima referidos. Dessa forma, de logo rechaçadas as alegações de ausência de direito líquido e

²²¹⁹ Nesse caso, a concessão não se deu propriamente em caráter liminar, porque, pedida ao TJPR a medida antecipatória, foi negada à impetrante, que aguardou o julgamento final do mandado de segurança para recorrer ao STJ. No entanto, em seu voto, o relator reconhecia que *“sequer a liminar foi deferida a fim de assegurar o recebimento da medicação até a decisão final porque entendeu o ilustre Desembargador que ‘a natureza do direito ora pleiteado, via mandamental, a implicar dispêndio financeiro pelo Estado do Paraná, recomenda prévio pronunciamento do impetrado’. Este despacho foi exarado há mais de um ano (07/01/1999) e resta a dúvida se, a esta altura, este recurso já não se encontra prejudicado pela ausência prolongado do uso do medicamento pelo doente, podendo, inclusive, ter ocasionado situação irreversível. [...] Portanto, sem o atendimento da medicação, pode já haver desaparecido o próprio direito da impetrante porque, ao aguardar a espera dos trâmites burocráticos que lhe foram impostos, os sintomas da doença já tenham [sic] piorado ou, até mesmo, levado ao óbito, tornando, mais uma vez, inócua uma prestação jurisdicional perseguida”* (g.n.). Toda a argumentação, portanto, caminhou no sentido de que a liminar deveria ter sido deferida; e tudo isso, a propósito, também após a publicação da liminar na ADC n. 04/DF.

certo e de necessidade de formação de litisconsórcio passivo entre a união, o estado agravante e este município. **2.** A Lei nº 8.437/92 veda a concessão de medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação. No entanto, no caso concreto trata-se de hipótese de fornecimento periódico e contínuo de medicamento, não tendo, pois, a liminar, caráter satisfativo. **3. Não pode o Estado agravante esconder-se sobre o manto da legalidade e argüir questões burocráticas para se escusar de cumprir na integralidade sua função de assistência à saúde, seja individual, seja coletiva.** **4.** A negativa do agravante em fornecer os medicamentos para o tratamento da hepatite “c” é fato público e notório, tendo sido, inclusive já noticiado várias vezes pelos meios de comunicação (imprensa falada e escrita), e já por diversas vezes foi o poder judiciário acionado para cumprimento de tal dever constitucional. Cuidando-se, portanto, de fato público e notório, integrante do conhecimento de nossa comunidade, tal fato independe de prova” (TJPE, AgRg n. 83529-6/01, rel. Des. EDUARDO AUGUSTO PAURA PERES, *in* DJ 22.01.2003 [g.n.]).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. BLOQUEIO DE VALORES. CABIMENTO. **1.** O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento do medicamento de que necessita a adolescente. **2.** A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, desde que haja prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que vem demonstrado nos autos. Inteligência do art. 273 do CPC. **3. É cabível o bloqueio de valores quando permanece situação de inadimplência imotivada do ente público, pois o objetivo é garantir o célere cumprimento da obrigação de fazer estabelecida na decisão judicial. Recurso desprovido”** (TJRS, AI n. 70028487411, 7ª Câmara Cível, rel. Des. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, j. 25.03.2009)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA AO ESTADO POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. Impõe-se a aplicação da multa ao ente público, como a única forma a assegurar, por ora, o cumprimento da decisão judicial que determina o atendimento especializado à criança necessitada. E esse atendimento é indispensável em respeito ao direito à vida e à saúde, diante da precariedade da situação financeira enfrentada pela nossa população e pelo sistema de

saúde. Inteligência dos art. 644 e 461 do CPC. Recurso desprovido” (TJRS, AI n. 70009937111, 8ª Câmara Cível, rel. Des. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS, j. 02.06.2005 [g.n.]).

“APELAÇÃO - REEXAME NECESSÁRIO - MEDICAMENTO GRATUITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. São responsáveis solidários o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de **medicamentos para o tratamento da Apelada, direito constitucionalmente garantido, inadmissível alegar que esta ou aquela doença escapa a sua atribuição, devendo, pois, se adequar para o atendimento. Respeito à vida. Entre proteger a vida ou fazer prevalecer interesse secundário da Fazenda Pública, impõe-se o respeito à vida,** lição do Em. Min. Celso Mello. Apelo improvido e, em reexame necessário, mantida a d. Sentença monocrática” (TJRJ, Apel. n. 7327/2001, 6ª Câmara Cível, rel. Des. ELY BARBOSA, j. 02.10.2001 [g.n.]).

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRESERVAÇÃO DA VIDA - PODER PÚBLICO MUNICIPAL - TUTELA ANTECIPADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE. Fornecimento de medicamentos a paciente em risco de vida e saúde. Verossimilhança presente. Regras constantes dos artigos 196, da CF e 287, da CE, que tornam verossímil a tese autoral, de molde a **permitir a antecipação dos efeitos práticos da aguardada decisão final positiva.** Decisão interlocutória inenunciável. Improvimento do recurso. Unânime” (TJRJ, AI n. 2000.002.11367, 3ª Câmara Cível, Des. MURILO ANDRADE DE CARVALHO, j. 22.03.2001).

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRESERVAÇÃO DA VIDA - DOENÇA GRAVE - AÇÃO PROPOSTA CONTRA O MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DESPROVIDO. Agravo. **Antecipação de tutela. Fornecimento de medicamento, pelo Município, a doente portador de doença grave, incurável, não dispondo de recurso.** Responsabilidade solidária do Município, que não se pode afastar. Desprovimento do recurso. Ao Município, como um dos entes federativos, no panorama constitucional brasileiro, compete, entre outros, e conjuntamente com as demais pessoas jurídicas que compõem o pacto federativo, zelar pelo respeito ao direito à vida e à saúde, direitos esses

constitucionalmente assegurados, cabendo-lhe, inclusive, e para o desempenho dessa tarefa, o fornecimento de remédios àqueles portadores de doenças crônicas, graves incuráveis e que levam à morte se não receberem o tratamento correto e indispensável” (TJRJ, AI n. 2000.002.05903, 13ª Câmara Cível, Des. AZEVEDO PINTO, j.11.01.2001 [g.n.]).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE PÚBLICA. HEPATITE C. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS (RIBAVIRINA 250 MG E INTERFERON ALFA). AÇÃO ORDINÁRIA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Deferimento na origem. manutenção em grau recursal. Não-provimento. É concebido que a saúde pública é obrigação do Estado em abstrato, desimportando qual a esfera de poder que, efetivamente, a cumpre, pois é a sociedade que contribui e tudo paga, indistintamente, ao ente público que lhe exige tributos cada vez mais crescentes, em todas e quaisquer esferas de poder estatal, sem que a cada qual seja especificada a destinação desses recursos. Portanto, **o indeferimento da tutela causaria dano ao agravante, pondo em risco a sua vida.** Agravo de instrumento não provido” (TJRS, AI n. 70001489657, 4ª Câmara Cível, rel. Des. WELLINGTON PACHECO BARROS, j. 29.11.2000).

Por fim, mais recentemente, tem-se reconhecido aqueles direitos até mesmo de forma *difusa*, conferindo a todos os interessados (i.e., sujeitos indeterminados “*a priori*”), mediante ato único, o direito de obter do Estado-administração os medicamentos necessários. Assim, *e.g.*, em 14.02.2012, a 16ª Vara Cível Federal de São Paulo, em decisão liminar da juíza titular TÂNIA REGINA MARANGONI nos autos da ação civil pública n. 0012589-52.2011.403.6100 (Ministério Público Federal v. União), determinou ao SUS que passasse a fornecer gratuitamente para toda a rede de saúde o medicamento *Alteplase*, utilizado no tratamento de acidente vascular cerebral (AVC) isquêmico. Em 2009, o MPF havia apurado que o fornecimento do aludido remédio havia sido interrompido pelo SUS. O Ministério de Estado da Saúde admitiu o problema, alegando a intenção de reinseri-lo paulatinamente nas redes, o que dependeria apenas de publicações de “*portarias que incluem um procedimento compatível na tabela do SUS e que estabelecem os critérios exigidos dos hospitais para a sua utilização*”. No entanto, sem solução após dois anos da interpelação ministerial — “*prazo mais do que razoável para a conclusão dos procedimentos administrativos*” —, o magistrado deferiu o pedido liminar, com prazo de

trinta dias para a União (sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00), arrostando “o perigo de dano irreparável, diante da exaustiva comprovação de que o medicamento em questão pode beneficiar o tratamento de AVC salvando milhares de vida”.

VII. Conquanto se possa argumentar, em todos esses casos, com uma interpretação sistemática meramente formal (como fez o Supremo Tribunal Federal na Rcl n. 1015/RJ, sendo relator NÉRI DA SILVEIRA), de tipo restritivo²²²⁰, parece-nos que, na perspectiva estritamente legislativa, a tese é frágil, notadamente após a revogação das Leis ns. 4.348/1964 e 5.021/1966 pela nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), que é uma lei *geral* (e, como tal, *renovou* o preceito da Lei n. 4.348/1964 reportado pelo artigo 1º da Lei n. 9.494/1997). Além disso, a própria Lei n. 8.437/1992, que proíbe as liminares exaurientes, trata simplesmente da “*concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público*”, nada tendo com vantagens e vencimentos de servidores públicos (tanto que se refere, no par. 5º do artigo 1º, às *compensações tributárias* e inclusive *previdenciárias*, que aproveitam a qualquer cidadão — como, ademais, faz também o artigo 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009); e o mesmo se diga da própria Lei n. 9.494/1997, a teor de sua ementa (*supra*). De fato, não parece razoável imaginar que o legislador ordinário tenha pretendido vetar, no campo das liminares, as *compensações previdenciárias* (que, se afetam entradas financeiras, não impõem dispêndios diretos), mas não colimasse impedir *pagamentos previdenciários* (que determinam *saídas financeiras* dos cofres do INSS). Tampouco convence alegar, como no aresto do TJPE (AgRg n. 83529-6/01), que a antecipação de tutela para fornecimento de remédios não é satisfativa, porque a obrigação (a rigor, o *dever*) é de trato sucessivo: ainda que o direito não esteja definitivamente

²²²⁰ Como tem de ser, em via de regra, a interpretação dos artigos 1ºs das Leis ns. 9.494/1997 e 8.347/1992, ainda quando não estejam em jogo direitos fundamentais. Nesse sentido, v., por todos, STJ, REsp n. 907525/MG, 1ª T., rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 19.04.2007. *In verbis*: “**AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. TRANSPORTE ESCOLAR. RENOVAÇÃO DE LICENÇA. MULTA. CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA O PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. LEIS Nº 8.437/92 E 9.494/97. NORMAS DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRECEDENTES. I** - A liminar deferida nos autos da cautelar inominada garantiu ao requerente a renovação do alvará de permissão para o transporte escolar sem o pagamento da multa existente em seu nome, que será objeto de anulação na ação principal. **II** - A concessão da liminar contra o Poder Público, na hipótese, não afronta qualquer dispositivo das Leis nº 8.437/92 e 9.494/97, considerando-se o entendimento jurisprudencial já firmado neste eg. Superior Tribunal de Justiça de que tais normas devem ser interpretadas restritivamente (REsp nº 749.082/RN, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 10/04/2006, Ag no REsp nº 719.846/RS, Rel.Min. FÉLIX FISCHER, DJ de 01/07/2005, entre outros). **III** - Recurso improvido”.

reconhecido, está claro que o consumo antecipado dos medicamentos é irrepetível e realiza parcialmente o objeto da ação.

Tais decisões, porém, estão plenas de correção. Mas o que certamente as move não é, afinal, uma compreensão mais exata da “*mens legislatoris*”, e sim a percepção criativa de que nas situações previdenciárias, como naquelas relativas ao SUS e outras similares, o que está concretamente em jogo já não são apenas direitos patrimoniais comuns (como se dá nas compensações tributárias ou nas vantagens não salariais de servidores públicos), mas *típicos direitos humanos de segunda e terceira geração* (direito à previdência social, à saúde, aos serviços públicos, à tutela na infância, à tutela no desamparo social etc.²²²¹), amiúde com função alimentar, o que atrai a percepção judicial de lesão atual ou iminente à própria dignidade da pessoa humana, de que não se dissociam as respectivas condições de subsistência. São, pois, contextos específicos — ainda que convertíveis em regras (*e.g.*, “*não se aplica o artigo 1º da Lei n. 9.497/1997 à matéria previdenciária*”) — nos quais a *necessidade*, a *adequação* e a *proporcionalidade em sentido estrito* impõem a **inflexão** das regras procedimentais do artigo 1º da Lei n. 9.494/1997 e/ou do artigo 1º, §3º, da Lei n. 8.437/1992, conquanto sejam inequivocamente constitucionais (por decisão passada em julgado do STF, com eficácia “*erga omnes*”)²²²². Trata-se também de uma interpretação sistemática, é verdade; mas de ordem *material* e não meramente formal.

Logo, o que os juízos e tribunais promovem são *inflexões do “procedural due process”*, como imperativo de conformidade com a dimensão dialógica do “*substantive due process*”. Realizam, na concretude das colisões de direitos fundamentais, a natureza bifronte da “*due process clause*”, produzindo — no seu convencimento — interpretações conformes à Constituição (“*verfassungskonformen Auslegungen*”). Nada mais, nada menos.

²²²¹ V, *supra*, o tópico 22.1, n. II.

²²²² O que, ademais, é reconhecido e consentido pelo próprio STF. Assim, na Rcl n. 1015/RJ, lê-se no voto do relator: “*Releva notar, ainda, que o magistrado estadual, antes de decidir, teve presente o julgado do STF, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6, o qual, de forma justificada, entendeu não se aplicar à hipótese em exame*” (g.n.).

27.2.2. TUTELAS JUDICIAIS DE OFÍCIO: ULTRAPETIÇÃO E EXTRAPETIÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DEMANDA E A SENTENÇA

I. Lê-se no Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 460, que “[é] *defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*”. Da mesma forma, dispõe o artigo 128 do CPC que “[o] juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Há, portanto, vedação formal às sentenças “*ultra petita*” (que concedem para além do pedido) e também às sentenças “*extra petita*” (que concedem diversamente do pedido). Para mais, entendem-se também vedadas as sentenças “*citra petita*”, quando significarem negativa de jurisdição para o autor²²²³. Compreende-se, outrossim, serem “*extra petita*” as sentenças que dimanem efeitos direitos, em caráter “*principaliter*”, a quem não é parte do processo ou que nele não tenha intervindo a título algum²²²⁴. E, em ilação recorrente na doutrina nacional (a ser lida “*cum grano salis*”), não poderá o juiz sequer julgar a ação valendo-se de *causa de pedir* estranha à formulada pelo autor (*ut* artigo 282, III, do CPC), ou mesmo considerar no julgamento matéria de defesa (“*causa excipiendi*”) a respeito da qual a lei exija iniciativa do réu²²²⁵.

De igual forma, porém com maior minudência (diminuindo as possíveis margens de controvérsia), o Código de Processo Civil português dispõe, em seu artigo 661º, que “*a sentença não pode condenar em quantidade superior ou objeto diverso do que se pedir*”

²²²³ Cf., e.g., TRF 4ª Reg., Apel. Cível n. 9999/PR (0000624-90.2011.404.9999), 6ª T., rel. Des. LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, j. 23.02.2011, in DJe 01.03.2011. *In verbis*: “*PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA CITRA PETITA. ERROR IN PROCEDENDO. ANULAÇÃO DA DECISÃO A QUO. 1. Na hipótese, o juízo monocrático deixou de analisar o pedido de pensão por morte formulado pela demandante na peça inicial, concedendo tal benefício ao coautor, como se apenas ele integrasse o pólo ativo da demanda. 2. Caracterizada, desse modo, a ocorrência de julgamento citra petita, impondo-se a decretação de nulidade do decisum para que nova sentença seja proferida, nos limites do pedido inicial*”. Na Justiça do Trabalho, veja-se a OJ n. 41 da SBDI-2/TST, de 20.09.2000 (“*Ação rescisória. Sentença "citra petita". Cabimento*”). E em Portugal, veja-se o artigo 668º, 1, “*d*”, do CPC.

²²²⁴ Cf. Antonio Carlos Marcato (org.), *Código...*, p.1398 (comentários de CASSIO SCARPINELLA BUENO).

²²²⁵ *Idem*, pp.1398-1399. Cabem reparos a esse respeito, como adiante faremos, com base na legislação portuguesa.

(obstando, pois, as decisões “*ultra petita*” e “*extra petita*”); logo adiante, porém, estatui, em seu artigo 664º, que “[o] juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264º”. Este, por sua vez, dimensiona o princípio dispositivo no processo civil português, registrando que o juiz só pode fundar a decisão nos *factos alegados pelas partes*, ressaltando-se, todavia, os seguintes aspectos:

(i) o disposto no artigo 514º do CPC (i.e., os fatos que não carecem de alegação ou prova, como são os fatos notórios e os fatos de que o tribunal tenha conhecimento em virtude do exercício de suas funções);

(ii) o disposto no artigo 665º do CPC (colusões e lides simuladas);

(iii) a consideração dos “*factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa*”, assim entendidos os fatos que, “[d]iversamente dos factos principais, não constituem condicionantes directas da decisão”, tendo por função a de permitir atingir a prova dos fatos principais²²²⁶; e ainda

(iv) “*os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa*” — mas, nesse caso, somente quando a parte interessada manifestar vontade de aproveitá-los e ao “*ex adverso*” se tenha facultado o exercício do contraditório a tal respeito (artigo 264º, 3).

²²²⁶ São dessa natureza, segundo LEBRE DE FREITAS (*Introdução...*, p.136 e nota n. 53), todos aqueles fatos que, não constituindo o fato principal, permitem chegar-se a ele por *dedução*: tais são os *factos probatórios* (e.g., a informação constante do documento ou o depoimento da testemunha) e os *factos acessórios* (aqueles que natural ou juridicamente permitem, otimizam, dificultam ou vedam extrair da realidade dos fatos probatórios a conclusão acerca dos fatos principais; assim, e.g., os fatos concernentes à falsidade do documento ou à mendácia do testemunho).

Para mais, acerca da atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes à instauração do processo, reza o artigo 663º do CPC luso:

- “1. Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.
- “2. Só são, porém, atendíveis os factos que, segundo o direito substantivo aplicável, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação controvertida.
- “3. A circunstância de o facto jurídico relevante ter nascido ou se haver extinguido no decurso do processo é levada em conta para o efeito da condenação em custas”.

Assim, à vista da sistemática processual portuguesa, pode-se bem dimensionar o alcance do princípio dispositivo, quanto à *causa de pedir* e quanto à *matéria de fato*, nos seguintes termos: **(a)** o princípio dispositivo limita o juiz quanto à *causa de pedir remota* (i.e., os *factos constitutivos* que baseiam o pedido), ativa ou passiva²²²⁷, mas jamais quanto à *causa de pedir próxima* (i.e., os fundamentos jurídicos do pedido), valendo neste caso — especialmente nos sistemas de “civil law” (*supra*, n. I) — a máxima “*iura novit curia*” (ou, ainda, “*narra mihi factum dabo tibi ius*” — v., e.g., artigo 664º do CPC luso²²²⁸); **(b)** ainda assim, podem ser considerados, independentemente de dedução pelas partes, os fatos que geralmente dispensam provas (como os notórios, os que decorrem de presunções legais ou jurisprudenciais de existência ou veracidade²²²⁹, ou ainda os fatos que, consabidos na corte²²³⁰ ou por ela descobertos²²³¹, detenham imprescindibilidade para o deslinde da causa ou para o interesse público); **(c)** podem ser considerados, outrossim, os fatos

²²²⁷ A causa de pedir (remota) *ativa* corresponde aos fatos que efetivamente justificam a pretensão jurídica deduzida: o contrato, o acidente, a morte etc. Já a causa de pedir (remota) *passiva* corresponde aos fatos que moveram a pessoa até as barras do Judiciário: o inadimplemento contratual, a negação da indenização, a recusa da herança etc.

²²²⁸ “Embora as partes devam apresentar os fundamentos jurídicos das respectivas pretensões nos articulados, o direito invocado não vincula o juiz, que nesse campo é soberano. [...] Na sentença, deve o juiz, nos termos do art.º 659º, n.º 2, aplicar as normas jurídicas correspondentes, sem prejuízo do respeito pelo princípio do contraditório, agora explicitado, quando à matéria de direito, no art.º 3º, n.º 3, normativo introduzido com o objetivo de impedir as ‘decisões-surpresa’” (Abrantes Geraldês, *Temas...*, p.73).

²²²⁹ V. artigo 334, IV, do CPC brasileiro.

²²³⁰ Hipótese do artigo 514º do CPC português (sendo certo que, nesse caso, o tribunal “*deve fazer juntar ao processo documento que os comprove*”, até para fins de contraditório).

²²³¹ Hipótese das colusões e simulações (v. artigo 665º do CPC português e artigos 129 e 485, III, do CPC brasileiro), que interessem à ordem pública.

imprescindíveis para a causa que, embora não alegados, resultem da discussão e/ou instrução da causa e sejam *complemento* ou *concretização* de fatos oportunamente alegados (cabendo à parte interessada, porém, arguir a sua relevância, e sempre sob a condição do prévio contraditório); (d) podem ser considerados, enfim, todos os fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos que sejam *supervenientes* às alegações da fase postulatória (e, logo, não alegados naquele momento), desde que influenciem o julgamento da lide.

A legislação processual civil brasileira desconhece vários desses dispositivos. Nada obstante, pela lógica intrínseca ao modelo português, como ainda pela comunhão basal de princípios processuais — inclusive o dispositivo — que aproxima os dois sistemas jurídicos nacionais, parece certo que o alcance do princípio dispositivo, no caso brasileiro, deve ser parametrizado essencialmente com as mesmas matizações dispostas. É como temos propugnado e judicado²²³². O princípio dispositivo não pode ser um obstáculo à justa composição do litígio (levando o juiz a, p.ex., cerrar os olhos para fatos que oficialmente

²²³² Em relação ao instituto da *prova emprestada*, p.ex., é recorrente na doutrina brasileira a compreensão de que só pode ser utilizada quando derivar de processo em que tenham figurado como partes — e, portanto, exercido o contraditório — os mesmos sujeitos processuais do processo em que será produzida. Nada obstante, a massificação das lesões jurídicas — muito comum, e.g., no Direito do Consumidor e no Direito do Trabalho (e, aqui, especialmente nos contextos industriais) — tende a engendrar inúmeros processos judiciais de objeto idêntico ou similar, em que as *circunstâncias coletivas* são basicamente as mesmas para todos, ainda quando sejam indivíduos diferentes. Quando por qualquer razão a demanda não é coletivizada (por associações, sindicatos ou pelo Ministério Público) e as ações terminam ajuizadas individualmente, as questões de fato (e as consequentes instruções) tendem a se repetir: autores diversos, é verdade, mas com mesmos réus e circunstâncias coletivas uniformes. No entanto, à falta de dispositivo legal como o do artigo 514º, 2, do CPC luso, a produção de provas emprestadas é frequentemente objetada, pelo fato de que a instrução original não foi comum para todas as partes da nova relação processual. Quem, porém, amiúde objeta — o réu —, é quem precisamente participou das instruções originais; ao recusar a prova emprestada, não raro, sua pretensão é unicamente a de se beneficiar com a delonga processual e quiçá com a “loteria” das provas orais, o que malfez os princípios mais mezinhas do processo, como o da lealdade e o da cooperação. Daí porque, na atividade forense, temos utilizado largamente de “provas emprestadas atípicas”, em contextos dessa ordem, carreando “*ex officio*” aos cadernos processuais subsequentes cópias dos termos de audiência — com as respectivas provas orais — lavrados nos primeiros casos, fiando-se na afirmação das testemunhas de que as condições fáticas eram as mesmas para toda a coletividade laboral. Assim procedemos, e.g., nos inúmeros processos movidos por trabalhadores em face da Volkswagen do Brasil, na 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (São Paulo, Brasil), em que a controvérsia fática era sempre a mesma: qual a condição de liberdade dos metalúrgicos entre a chegada dos ônibus fretados pela empresa e o início dos respectivos turnos (i.e., se já estavam à disposição da empresa ou se podiam livremente empregar seu tempo). V., e.g., Processo n. 00622-2005-009-15-00-6, Volkswagen do Brasil Ltda. v. Carlos Augusto Lopes Neto (com sentença mantida em sede de recurso ordinário, nesta parte, pelo TRT 15ª Reg.: v. Decisão n. 027241/2009-PATR, rel. Des. TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, 28.04.2009, in DJe 15.05.2009); e, como esse, outras quatro centenas de processos, apenas na 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Na prática, o que temos feito é aproximadamente aquilo que reza, em Portugal, o precitado artigo 514º: detendo conhecimento sobre fato relevante e imprescindível para o deslinde da causa, o juiz pode *internalizá-lo no processo*, independentemente de alegação das partes, por meio da juntada de documento que o comprove.

conheça e interfiram com a lide), nem tampouco deve ser um elemento tolhedor dos poderes e da liberdade de convicção do magistrado.

II. Em verdade, a ideia de correlação entre demanda e a sentença insinuou-se como garantia processual ainda no período formulário romano (*supra*, tópico 7.3.3, I), uma vez que o juiz popular (“*iudex*”) deveria necessariamente julgar o litígio *nos limites do “iudicium”*, que concretizava a fórmula elaborada na fase “*in iure*” (fixando, a partir dela, o estado e o alcance do litígio). O “*iudicium*” exsurgia, portanto, como um instrumento obrigatório, formal e escrito, capaz de obstar que o “*iudex*” julgasse “*ultra vel extra petitum*”. Ulteriormente, no período da “*cognitio extraordinaria*” (tópico 7.3.4), relativizou-se a formalidade da adstrição à fórmula, admitindo-se que, em variegadas situações, o autor pudesse retificar o pedido inicial no curso do procedimento; além disso, nos supostos de “*minus petitio*”, o juiz podia inclusive condenar o réu no valor efetivamente devido, conquanto superior ao pedido originário (consagrando, portanto, o fenômeno processual da ultrapetição).

Esse resgate histórico revela, a uma, que a existência de limites formais para o alcance das decisões judiciais — notadamente as de natureza condenatória — deita sólidas raízes nas colunas históricas do processo civil; e, a duas, que tais limites admitiram flexibilizações com o passar do tempo, em especial quando a relativização traduzia condição para decisões mais justas (como, *v.g.*, nos referidos casos de “*minus petitio*”). Hodiernamente, a sofisticação do pensamento doutrinal associa aqueles limites a um princípio geral do processo, ora denominado *princípio da correlação entre a demanda e a sentença*, ora dito *princípio da adstrição ao pedido*, ora ainda identificado com a propriedade da *inércia da jurisdição*. De toda sorte, trata-se sempre de um aspecto imanente à garantia do “*procedural due process*”, à vista do que dispõem as leis processuais nacionais em geral (no Brasil, artigos 2º, 128, 262 e 460 do CPC; em Portugal, os artigos 3º, 1, e 661º do CPC; na França, o artigo 464 do *Code de Procédure Civile*²²³³; na

²²³³ “*Les dispositions de l'article précédent sont applicables si le juge s'est prononcé sur des choses non demandées ou s'il a été accordé plus qu'il n'a été demandé*”. O artigo anterior (463), por sua vez, dispõe que “[l]a juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des

Itália, o artigo 112 do *Codice di Procedura Civile*²²³⁴; e assim por diante). Na correta descrição de SCARPINELLA, o princípio em testilha impõe que “*a sentenza deve ficar limitata ao que o autor, qualitativa e quantitativamente, requereu quando ingressou em juízo. Daí ser vedado ao julgador proferir sentenza de natureza diversa do pedido ou condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi pedido*”²²³⁵.

A esta altura, porém, o que importa indagar é: *o princípio da adstrição*, assim arraigado na tradição do processo civil, afinal *pode ser infletido*? Ou encarna o núcleo indevassável do “*procedural due process*”, perante o legislador e o juiz, como metalimite imanente às inflexões do processo legal?

No plano histórico, demos já a resposta. A garantia formal da adscrição flexibilizou-se no sistema da “*cognitio extraordinaria*”, em favor de decisões mais justas. É, ademais, o que se deduz do direito positivo hodierno, nas diversas conformações legislativas que o princípio tem merecido. As numerosas contemporizações legislativas permitem reconhecer — seja pela sua normalidade e aceitabilidade, seja pela própria presunção de constitucionalidade das leis — tratar-se de uma garantia processual suscetível a inflexões, ressalvados sempre os metalimites dialógicos que podem resultar de ponderações concretas. Muitas dessas ponderações foram feitas pelo próprio legislador ordinário, no papel que lhe compete, por excelência, em regimes republicanos: o de ditar as mediações concretizadoras

prétentions respectives des parties et de leurs moyens”. Admite-se, pois, que o órgão jurisdicional retifique “*ex officio*” a sentença “*extra vel ultra petita*”, assim como pode retificar as omissões do julgado. No sistema brasileiro, ao contrário, o órgão jurisdicional pode tão só sanar omissões de conteúdo, contradições e obscuridades; e, ainda assim, sob provocação recursal (os embargos declaratórios, *ut* artigo 463, II, do CPC). No caso português, enfim, tais vícios só podem ser arguidos perante o órgão jurisdicional que proferiu a sentença “*se esta não admitir recurso ordinário; no caso contrário, o recurso pode ter como fundamento qualquer dessas nulidades*” — excetuando-se apenas os casos de sentenças não assinadas pelo juiz (omissão de forma), que sempre admitem saneamento no próprio órgão de origem.

²²³⁴ “**Correspondenza tra il chiesto e il pronunciato.** Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d’ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”. Com efeito, “[l]a norma impone al giudice l’obbligo di pronunciarsi e quello di farlo **entro determinati margini**, fissati dalle parti o dalla legge, per le materie sottratte alla loro disponibilità. Il principio è infatti “*da mihi factum dabo tibi ius*”, per cui spetta al solo giudice la valutazione esatta del significato giuridico delle espressioni usate, sempre che questa operazione ermeneutica non stravolga la volontà processuale delle parti” (Federico del Giudice, [dir.], *Codice di Procedura Civile: spiegato Articolo per Articolo*, 8ª ed., Napoli, Edizioni Simone, 2004, p.113).

²²³⁵ Antonio Carlos Marcato (org.), *Código...*, p.1398.

das normas-princípios²²³⁶. Noutros casos, ao revés, coube aos tribunais a tarefa de concretizar o princípio da correlação, explicitando casuísticas em que a ultrapetição ou a extrapetição seriam admissíveis. Assim é que, no Brasil, há concessões *legais* e também *jurisprudenciais* para que o juiz decida para além (ou para mais) do pedido, ou mesmo da causa de pedir remota. Quais sejam:

- pedidos de prestações periódicas (artigo 290 do CPC);
- juros de mora (artigo 293 do CPC, artigos 395 e 404 do NCC, Súmula n. 254 do STF);
- correção monetária (artigo 1º da Lei n. 6.899/1981);
- conversão da tutela judicial específica no seu “resultado prático equivalente” (artigo 461, *caput*, do CPC), com sensível margem de discricionariedade para o juiz (v., *supra*, tópico 23.1);
- honorários advocatícios (artigo 20 do CPC, artigos 395 e 404 do NCC);
- concessão dos salários do período estável quando exaurido o período de estabilidade do empregado, quando o pedido é apenas de reintegração ao emprego (artigo 496 da CLT, Súmula n. 396 do TST²²³⁷);
- adicionais de insalubridade por agente agressivo diverso do apontado na petição inicial (Súmula n. 293 do TST²²³⁸).

Em todas essas situações, o juiz *pode* (ou mesmo *deve*) conceder o bem da vida, “*per se*” e/ou seus frutos e acessórios, *independentemente* de pedido formulado na petição

²²³⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.1086.

²²³⁷ *In verbis*: “ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA” (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. **I** - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997). **II** - Não há nulidade por julgamento “extra petita” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)” (g.n.).

²²³⁸ *In verbis*: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/203, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado **agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade**” (g.n.).

inicial. Não são poucos, como se vê, os ensejos legais e pretorianos de inflexão do princípio da adscrição no panorama brasileiro.

III. Em Portugal, a oportunidade da inflexão deu-se, mais geral e explicitamente, no marco do *processo laboral*, obviando “*prima facie*” o tipo de ponderação axiológica alvitada pelo legislador: relativou-se o princípio da adscrição em favor da plena satisfação dos créditos trabalhistas sonegados, de regra identificados como créditos alimentares “*lato sensu*”. Pois bem. Nos termos do artigo 74º do CPT lusitano, o juiz *deve* condenar o réu em quantidade superior ao pedido (= ultrapetição), ou em objeto diverso dele (= extrapetição), quando assim resultar da aplicação de *preceitos inderrogáveis de leis ou de instrumentos coletivos* à matéria provada nos autos ou aos fatos de que possa conhecer “*ex officio*” (nos termos do artigo 514º do CPC, já examinado). A se admitir o caráter inderrogável da imensa maioria dos dispositivos legais que regem o Direito do Trabalho²²³⁹, o preceito em exame estaria a autorizar julgamentos “*ultra vel extra petitum*” na generalidade dos processos laborais que tramitam em Portugal²²⁴⁰. Nada obstante, a inflexão dessa

²²³⁹ Veja-se, p.ex. (e por todos), Mascaro Nascimento, *Curso...*, p.295: “*Daí dizer Nadège Meyer que o direito do trabalho é reativo no sentido da sua sensibilidade às transformações políticas, económicas e sociais, mais que qualquer outro ramo do direito privado, contexto que leva o legislador a organizá-lo de modo a possibilitar a instauração — mas também viabilizar a derrogação — de disposições de ordem pública absoluta, editando regras que permitam um mínimo de direitos suscetíveis de derrogação. Em outras palavras, o próprio legislador autoriza derrogações nos temas em que tal se faz viável. [...] As leis trabalhistas que protegem os trabalhadores como indivíduos e como grupo social, coexistem numa perspectiva de rigidez, mas também de flexibilidade, o que nos leva a admitir que as leis trabalhistas se decompõem em uma parte imperativa e uma parte dispositiva. Nadège afirma que no direito do trabalho há uma ordem pública diferente, que chama de ordem pública social*” (g.n.). E, pelas próprias referências, veja-se também Nadège Meyer, *L’ordre public en droit du travail: contribution à l’étude de l’ordre public en droit privé*, Paris, LGDJ, 2006, *passim*. Para NADÈGE, “*le droit privé a érigé l’ordre public en garant des intérêts des particuliers, non seulement en tant que personne humaine dotée de libertés individuelles et de droits fondamentaux, mais aussi en tant que groupe social nécessitant une protection au-delà des règles du droit commun*”; tal é o caso do Direito do Trabalho.

²²⁴⁰ Assim, e.g., cabe em tese a sentença “*ultra vel extra petitum*” em todos os processos que reclamem salários e consectários salariais. V., por todos, Tribunal da Relação do Porto, Proc. n. JTRP00039564, doc. n. RP200610090612742, rel. FERNANDA SOARES, un., 09.10.2006 (embora entendendo que, após a cessação do contrato, o direito creditício fosse renunciável). *In verbis*: “**I** - Nos termos do art. 74º do CPT, o juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do art. 514º do CPC, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. **II** - O direito ao salário, ou mais concretamente às diuturnidades nele incluídas, é um direito irrenunciável durante a vigência do contrato de trabalho, mas deixa de o ser com a cessação da relação laboral. **III** - Assim, não tendo o autor formulado, na petição inicial, o pedido de condenação da ré no pagamento das diuturnidades e tendo formulado a sua pretensão já depois da cessação do contrato de trabalho, não pode o juiz condenar a ré além do pedido”. As diuturnidades são, no direito português, prestações pecuniárias de natureza retributiva (= salarial) e de caráter continuativo e periódico, devidas ao trabalhador, nos termos do contrato individual de

específica garantia não prescinde da necessária articulação, em modo de concordância prática, com as demais garantias do “*procedural due process*” (notadamente a garantia do contraditório, *ut* Ac. TC n. 605/1995; cf. o tópico 20.3 e a nota n. 1692).

Deslindando o preceito, SILVA CARVALHO²²⁴¹ observou que a permissão legislativa para a ultrapetição e a extrapetição no processo laboral configura mecanismo único no ordenamento processual português, assegurando ao magistrado poderes para “garantir a prevalência da justiça material sobre a justiça formal”; e, nessa mesma vereda, QUINTAS e QUINTAS²²⁴² chegam mesmo a sugerir que a ultrapetição/extrapetição consubstanciam não uma exceção (ou inflexão), mas um genuíno *princípio* do processo do trabalho lusitano, desdobrado positivamente como “*emanação* [processual] *do princípio da verdade material*”. Nessa linha de argumentação, que converge para a ideia de unidade do devido processo legal (i.e., para a *interconectividade inextrincável* do devido processo formal e substancial), impende reconhecer que o esforço de conformação legislativa caminhou precisamente para a adequação do binômio processo/procedimento à natureza das pretensões materiais subjacentes (créditos alimentares e direitos sociais “*stricto sensu*”); ou — o que é o mesmo — que o *princípio da ultrapetição* foi gerado, no imo do processo do trabalho, pela ação normogenética de princípios jurídicos inerentes ao direito laboral *material* (como o princípio da proteção, o princípio da primazia da realidade e o próprio princípio da irrenunciabilidade).

Se é assim, porém, engatilha-se uma inevitável questão: a mesma atuação normogenética não deveria ter lugar, com similares efeitos, em outros sistemas jurídicos nacionais que abrigam os mesmo princípios jurídico-materiais? A resposta é positiva, ao menos tendencialmente. E, de fato, muitos princípios e regras quase idiossincráticos do processo laboral tendem a se manifestar, com grandes semelhanças, em múltiplos ordenamentos nacionais; assim se dá, p.ex., com a inversão do ônus da prova em favor do trabalhador (cf., *infra*, o §29º), ou com o “princípio da veracidade” (ou da “verdade real”)

trabalho ou dos instrumentos de regulamentação coletiva, com fundamento em sua antiguidade na empresa. Equivalem, no Brasil, aos adicionais ou gratificações por tempo de serviço.

²²⁴¹ Artur da Silva Carvalho, *A condenação “extra vel ultra petitum”*, [s.l.], Verbo Jurídico, 2008, p.04.

²²⁴² Paula Quintas, Hélder Quintas, *Da Prática Laboral à Luz do Novo Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004, p.244.

no processo laboral (veja-se, *e.g.*, o artigo 2º da *Ley Organica Procesal del Trabajo* da República Bolivariana da Venezuela e o artigo 1º da *Ley Procesal del Trabajo* do Peru²²⁴³). No que diz propriamente com a inflexão do princípio da adstrição, já apontamos *supra* os vários ensejos em que a correlação entre a demanda e a sentença é quebrada na jurisprudência trabalhista brasileira (*v.g.*, Súmulas ns. 293 e 396 do TST), perfazendo também um modo de mediação concretizadora que os tribunais do trabalho realizam a partir dos influxos do direito laboral material no campo processo-procedimental. Mas, para além das criações pretorianas, merecerá menção o Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho da Magistratura do Trabalho da Décima Quinta Região, já referido (tópico 16.5.3), que propôs a positivação de diversos princípios específicos do processo do trabalho e, entre tantos, no rol dos chamados “princípios especiais”, pretendeu introduzir os princípios da *ultrapetição* e da *extrapetição* (artigo 762-C, §4º, I e II) — ao lado do princípio da equidade —, “*quando assim resultar da lei, dos acordos e convenções coletivas de trabalho ou da natureza imperativa e irrenunciável do direito reconhecido*” (§21)²²⁴⁴. Consumar-se-ia, pela via legislativa, o processo de maturação e normalização da inflexão do princípio da adscrição em seara processual laboral, para internalizá-la já não como *exceção*, e sim como *princípio específico* da disciplina. Tal como se deu em Portugal.

IV. Voltando ao panorama judiciário brasileiro, interessa observar que o Superior Tribunal de Justiça vem de reconhecer — embora indiretamente — a impertinência do princípio da correlação ao núcleo irredutível do devido processo formal. No REsp n. 13.420-0, em sede de ação demarcatória, entendeu que “[o] *juízo* ‘*extra petita*’, não consubstanciando nulidade ‘*pleno iure*’, não pode ser desconstituído se transcorrido ‘*in albis*’ o prazo bienal da rescisória” (STJ, REsp n. 13.420-0-GO, 4ª T., rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 27.10.1992, *in* DJU 30.11.1992, p.22617) — afastando, na espécie, o regime jurídico do artigo 168 do NCC (= nulidades absolutas). Na mesma ensancha, e à luz do artigo 616 do CPC francês²²⁴⁵, a *Cour de Cassation* francesa vem

²²⁴³ Trata-se da Ley n. 29.497, de 15.01.2010. O princípio já estava presente, aliás, na anterior *Ley Procesal del Trabajo* peruana (Ley n. 26.636, de 14.06.1996).

²²⁴⁴ Cf. G. G. Feliciano *et al.*, *Fênix...*, pp.43-45 e 133-135.

²²⁴⁵ “*Lorsque le jugement peut être rectifié en vertu des articles 463 et 464, le pourvoi en cassation n'est ouvert, dans les cas prévus par ces articles, qu'à l'encontre du jugement statuant sur la rectification*”. V., *supra*, a nota n. 2233.

compreendendo, tanto em matéria comercial (03.10.1977) como em matéria social (30.05.2000), que a prolação de sentença “*extrapetita*” não autoriza, por si só, o acesso ao grau de cassação²²⁴⁶. Ao mais, ainda quando não se põe em xeque a gravidade da violação do princípio da adstrição, não são incomuns propostas doutrinárias de soluções alternativas que melhor acomodem as dimensões processual e material da situação concreta, evitando o decreto de nulidade do “*decisum*”²²⁴⁷. Inapelável, pois, a constatação de que o malferimento do princípio da adscrição realmente *não tisna* o conteúdo essencial do “*procedural due process*”; nalguns casos, como visto, nem mesmo chegará a perfazer nulidade absoluta. “*A fortiori*”, confrontado com interesses materiais dotados de jusfundamentalidade e em contextos de crise (como na inadimplência alimentar, no risco à vida ou à saúde de pessoa ou grupo, na sonegação de direitos sociais fundamentais etc.), o princípio da adscrição pode ser perfeitamente infletido, sem que se possa escudar na “*Wesensgehaltgarantie*” (= metalimite imanente). Não se poderá, entretanto, fundar um litígio novo, inteiramente autônomo, porque nisso haveria quebra da “*terzietà*”. A inflexão formal concreta deverá ser, portanto, *excepcional*, e alcançará pretensões sempre *apendiculares* àquelas pretensões originalmente deduzidas.

Com tudo isso, pode-se afinal concluir que:

- (a) o princípio da adscrição ao pedido (e à causa de pedir remota), tributário do paradigma do juiz liberal, não integra o conteúdo essencial do “*procedural due process*”;
- (b) até por não integrá-lo, tem experimentado historicamente as mais diversas inflexões, pela via legislativa ou pretoriana, à vista dos interesses materiais ou dos

²²⁴⁶ Cf. Loïc Cadiet, *Code de Procédure Civile* 2007, 20^e éd., Paris, Litec, 2007, p.286.

²²⁴⁷ V., e.g., Filippo Danovi, “*Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazioni*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1998, n. 3, pp.729 e ss. O autor propõe, para o caso, a “relevabilidade” (“*rivelabilità*”) do vício de ultrapetição, de modo que, nas hipóteses de violação do art. 112 do CPC italiano (“*correspondenza tra il chiesto e il pronunciato*”) nos juízos de separação (“*separazione personale dei coniugi*”), dê-se a revogação ou modificação da “*ordinanza*” do presidente, mediante a aplicação analógica do artigo 708, 4, do mesmo diploma (“*Se si verificano mutamenti nelle circostanze, l’ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell’articolo 177*”), como *alternativa razoável* para a declaração de nulidade.

“direitos prováveis” (*supra*, nota n. 2205) concretamente implicados em cada situação;

(c) para além dos casos já plasmados na lei e na jurisprudência, o próprio juiz poderá infletir o princípio da adscrição, em situações concretas e novas, com caráter *excepcional e apendicular*, quando os restantes elementos do “*substantive due process*” (a saber, a devida proporcionalidade e a capacidade de aprendizagem das normas) assim autorizarem²²⁴⁸; e

(d) em todo caso, deverá articular a inflexão formal com os demais consectários do “*procedural due process*”, como o contraditório e a mínima “imparcialidade”²²⁴⁹, de modo a sempre obter um equacionamento harmônico, em via de concordância prática.

²²⁴⁸ Em Rondônia, “*ad exemplum*”, o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Colorado do Oeste condenou certo agressor à pena de três meses de detenção, em regime aberto, por lesões corporais (artigo 129, §9º, do CP), com os rigores da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha — *supra*, nota n. 217); e, para mais, *fixou de ofício*, a título de reparação por danos morais, uma indenização de um salário mínimo, destinada à mulher vítima da violência doméstica. A indenização jamais fora pedida na exordial. Nada obstante, ao recorrer, o réu ateve-se à questão da pena criminal aplicada, olvidando o capítulo cível da sentença; como também silenciou, em contrarrazões, o próprio Ministério Público. O Tribunal de Justiça de Rondônia, no entanto, entendeu por bem *reformular* a condenação “*ex officio*” — e o fez de ofício (já que a matéria não havia sido devolvida ao 2º grau) —, com o argumento de que provimentos de ofício não poderiam ter lugar em sede de direitos disponíveis. Eis a ementa: “*Incabível a fixação de dano moral, de ofício, pelo magistrado, em matéria de direito disponível, uma vez que na referida matéria à prestação jurisdicional deverá ser provocada pela parte, ante a orientação do princípio da inércia da jurisdição*” (TJRO, Apel. Crim. n. 0025771-43.2009.8.22.0012, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. IVANIRA FEITOSA BORGES, j. 20.01.2011). Como se percebe, ainda que para restringir a inflexão, o tribunal lidou com os metalimites dialógicos do caso (i.e., ponderou os direitos e interesses concretamente em jogo, quando poderia simplesmente dizer da impossibilidade jurídica de condenações “*ex officio*”...).

²²⁴⁹ O que aqui significa, em duas palavras, *comedimento* e *excepcionalidade*: a possibilidade da inflexão concreta do princípio da adscrição não significa que o juiz poderá arvorar-se em parte — desabonando a máxima “*nemo iudex sine actore*” — e romper com os limites do pedido sem qualquer critério, medida ou razoabilidade. Recorde-se que a mínima “imparcialidade” formal perfaz, inclusive, aspecto do conteúdo essencial da garantia do juiz natural (*supra*, tópico 26.2, n. VI); logo, traduz metalimite imanente que obstará quaisquer inflexões aptas a desfigurar irreversivelmente o papel do julgador. Não poderá o juiz, a pretexto de promover a “dignidade da pessoa humana”, conferir ao autor direito quaisquer que, revelados ou não nos autos, não estejam minimamente ligados aos fatos da demanda e nem tenham sido objeto de debates nos autos (= contraditório); assim, e.g., conceder “*ex officio*” uma indenização acidentária ou por danos morais em ação que demanda simplesmente verbas rescisórias, porque a certa altura uma testemunha mencionou a ocorrência de um acidente subnotificado.

§28º. INFLEXÕES NOS DIREITOS DE DEFESA

28.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA INFLETIDA. RESTRIÇÕES LEGAIS

I. Dos princípios da ampla defesa e do contraditório já cuidamos alhures, com vagar, no tópico 26.3. Agora importa saber se (e quais) inflexões formais são juridicamente admissíveis em uma seara tão sensível. “*Ab initio*”, cumpre recordar que, nos processos antigos (como, *e.g.*, o cuneiforme²²⁵⁰, o romano²²⁵¹ e o germânico²²⁵²), cuja função primeira era a de pacificação social (que não podia realizar-se sem a presença das partes em discórdia), a participação do réu em juízo — com o seu próprio comparecimento perante o tribunal — era, antes de mais, um *dever*. Daí haver uma série de coações contra o réu, todas tendentes a induzi-lo a comparecer em juízo e se manifestar no processo (intervenções patrimoniais, editos, depois até mesmo excomunhões); e era assim, inclusive, por força de convicções conceituais: entendia-se, àquele tempo, que o processo não se podia constituir sem o concurso do demandado (o que se consumava, no processo romano clássico, com a “*litis contestatio*” — *supra*, tópico 7.3.2).

Mais tarde, com a formação do Estado moderno (*supra*, tópico 9.1), consolida-se lentamente o entendimento de que “*no processo se declara e atua a lei [e não apenas a autoridade], e que esta função é própria do poder soberano, e, por isso mesmo, pode se dar o processo sem o concurso ativo do demandado, processo unilateral*”²²⁵³. Passa-se a admitir, a partir dessa guinada semântica, que a relação processual constitua-se de modo perfeito com a simples demanda do autor, produzindo desde logo vários daqueles efeitos que, originalmente, dependiam da contestação (*e.g.*, gerar litispendência e interromper prescrição); e, por conseguinte, perdem todo sentido as concepções privatistas em torno do

²²⁵⁰ Cf., *supra*, o tópico 7.1.

²²⁵¹ Cf., *supra*, o tópico 7.3.

²²⁵² Cf., *supra*, o tópico 8.1.1. V. também Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1887, t. I, pp.180-181. *In verbis*: “*Macht die Verteidigung des Beklagten ein solches notwendig, so bildet die Beweisfrage ein Bestandteil des durch das Urteil auferlegten Sühnevertrags. Hat z. B. der Beklagte zu beweisen, so gebietet ihm das Urteil zu geloben, dafs er den auferlegten Beweis leisten oder den Anspruch des Klägers erfüllen werde*”.

²²⁵³ Chiovenda, *Principios...*, t. II, pp.206-207.

processo — outrora visto como contrato ou quase contrato judicial — e dos atos primordiais de defesa do réu²²⁵⁴.

Nessa concepção estritamente publicística, as possibilidades processuais do réu, que já não se lhe impõem como um dever, começam a ser percebidas como *direitos* (*supra*, tópico 7.3.3., n. V) ou *poderes*, a depender de seu regime jurídico. E, assim percebidas, põem-se sistematicamente para ele, réu, não mais como meras possibilidades, senão como *garantias* em face do Estado-juiz. Garantias que se exercitam inclusive *contra* o Estado (o juiz já não pode, *e.g.*, “dispensar” a defesa do réu, nem tampouco proibi-lo de se defender), atraindo — como, de resto, toda a gama de direitos fundamentais da contemporaneidade — dignidade própria das questões de *ordem pública*. Surge, desde essa perspectiva, a *jusfundamentalidade* dos direitos processuais de defesa: na medida em que, a partir do final do século XVIII (*supra*, §10), as constituições estabelecem direitos individuais e sociais inalienáveis, oponíveis ao próprio Estado, definindo-se paulatinamente uma *nova ordem*

²²⁵⁴ *Idem*, pp.149-152 e 207-208. Curiosamente, foi também essa diferenciação mais clara entre o jurídico-público e o jurídico-privado — consagrada sobretudo a partir do êxito legislativo do *Code Napoléon* — uma das alavancas teóricas mais contundentes para o *paulatino isolamento constitucional do direito processual liberal-moderno*, em uma tendência de abstração e neutralidade que priorizou a segurança jurídica e só começou a ser rompida no final dos oitocentos, com a concepção social do processo (*supra*, tópicos 22.2, n. VIII, e 23.2), e hodiernamente com os vários modelos de protagonismo ou “ativismo” judiciário (*e.g.*, o “modelo de Stuttgart” e, mais recentemente, o pós-positivismo processual). *In verbis*: “O paradigma da cisão entre direito público e direito privado foi o Código Napoleônico de 1804, que veio a tornar-se um modelo para outros países europeus. O caráter auto-suficiente e sistemático do code expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. De fato, enquanto a constituição era, por sua própria essência, abstrata e permeável a opções políticas, o código regulava de forma analítica e precisa as situações jurídicas individuais, podendo ser aplicado pelos juizes com elevado grau de certeza. [...] As implicações dessa concepção jurídica foram o menoscabo da Constituição e a negação de seu caráter normativo, e, paralelamente, a atribuição de superlativa importância à lei” (Jane Reis Gonçalves Pereira, “Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares”, in Barroso (org.), *A Nova Interpretação...*, pp.129-130 [g.n.]). V. também Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2000, pp.110 e ss.; para o autor, as constituições democráticas contemporâneas pretenderam “combinar lo que en las revoluciones aparecía irremediabilmente separado”: a condição de *norma fundamental de garantía* (própria das concepções jurídico-políticas liberais) e a condição de *norma diretiva fundamental* (próprias das concepções jurídico-políticas sociais); i.e., pretenderam ser *limite* e *direção* ao mesmo tempo, o que rompeu com a “*lógica liberal-estatalista*” (que justamente nascera da derrocada do dirigismo monárquico). Para a visão de mundo estatal-liberal, a unidade política do Estado havia de se conceber como uma realidade sempre objetiva e pacífica; repulsava-a, pois, que a ideia de Estado se convertesse em uma “*realidad problemática que ya no puede ser presupuesta como el fruto de una dirección conscientemente elegida por las fuerzas sociales y políticas*”. Em síntese, a grande objeção dos liberais às concepções sociais e promocionais do direito (e do processo) têm sido, desde os oitocentos, a perda da sua *racionalidade* inerente, de feitiço formal-cartesiano, e de sua consequente *previsibilidade* (v., *supra*, o tópico 21.1). Mas, como já exposto, essas são características que a pós-modernidade não sustenta; e, logo, um direito (ou um processo) que as privilegie já não estará condizente com o respectivo âmbito normativo (na acepção de MÜLLER) que o abriga. Cf., *supra*, o §11°.

pública (a abranger tanto os espaços propriamente públicos como também os espaços privados²²⁵⁵), os direitos e poderes do réu em face do Estado-juiz, exercitáveis no imo do processo, passam a comungar da mesma natureza que anima e justifica todo o restante cabedal de direitos humanos fundamentais.

Conforma-se, assim, a concepção hodierna de contraditório, pela qual “*cada parte processual é chamada a apresentar as respectivas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas ou a pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras*”, em todas as fases do processo, sob estruturação dialética, pela qual todo movimento realizado por uma parte abre ao “*ex adverso*” a possibilidade de realizar um outro, de igual relevância, tendente a contrariar os efeitos do precedente²²⁵⁶. O contraditório assegura, nessa linha, o *direito de influenciar* e o *ônus de debater* (*supra*, tópico 26.3, n. I); e, para mais, pressupõe o acesso à mais ampla *informação processual*²²⁵⁷. Ao mais, como vimos, pode-se aprioristicamente indicar-lhe os elementos mais íntimos, componentes de seu “*Wesenskern*” (26.3, n. IV): **(a)** a oportunidade formal de contraditório mínimo; **(b)** a possibilidade formal de informação mínima (o que abrange, portanto, o dever de motivação dos principais atos decisórios judiciais); **(c)** o caráter acusatório do devido processo penal; **(4)** o direito à defesa técnico-jurídica (exclusivamente no processo penal). Respeitados, então, esses limites, e tendo em mira sobretudo o processo não penal, *quando e o que se pode infletir?*

²²⁵⁵ É que essa *nova ordem pública*, “da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, [...] eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos” (Gustavo Tepedino, “Direitos humanos...”, p.67). Em direção semelhante, cf. também Nadège Meyer, *L'ordre public...*, *passim*. Nesse sentido é que se reconhece, nas normas jurídico-laborais, “caráter de ordem pública”; ou, mais acertadamente, de *ordem pública social*, na medida em que não se trata, aqui, da *ordem pública absoluta* cunhada pelas teorias oitocentistas (porque se fosse, como pondera N. MEYER, as normas laborais não admitiriam derrogação nem “*in peius*” — como de regra não admitem —, nem tampouco “*in mellius*”, o que afinal repulsaria, nesse específico nicho, o princípio da norma mais favorável).

²²⁵⁶ Abrantes Geraldês, *Temas...*, p.75 (citando BALTAZAR COELHO).

²²⁵⁷ Ou, com GALANTINI: “*partecipazione*”, “*contrapposizione*” e “*comunicazione*”. Cf. Novella Galantini, “*Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*”, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria: Atti del convegno (Ferrara, 13-15 ottobre 2000)*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, Giuffrè, 2002, p.81).

II. De regra, admite-se que *a lei* possa infletir a garantia do contraditório. Trata-se, pois, de aspecto obviamente sujeito ao poder de conformação do legislador ordinário, observados os metalimites imanentes já apontados. Assim, *e.g.*, o artigo 3º, 2, do CPC lusitano, após dispor que “[o] *tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que [...] a outra [parte] seja devidamente chamada para deduzir oposição*”, registra de plano a possibilidade de inflexão legal, segundo as ponderações materiais que o legislador oportunamente fizer, desde que em carácter excepcional:

“Só nos **casos excepcionais previstos na lei** se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida” (*g.n.*).

Na sequência (n. 3), concretiza-se uma das dimensões do princípio do contraditório, não sem novamente o excepcionar:

“O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, **salvo caso de manifesta desnecessidade**, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (*g.n.*).

Está claro, portanto, que a ordem jurídico-processual portuguesa admite, a critério do legislador, as figuras do *contraditório mitigado*, do *contraditório eventual* e do *contraditório diferido* (v., *supra*, tópico 21.1, n. III), que são todas inflexões formais da garantia do contraditório. É também o que se passa no Brasil (conquanto sem tanta clareza legislativa²²⁵⁸) e, de regra, em todos os países cujos sistemas processuais admitem, em alguma hipótese, provimentos judiciais de urgência. “*De lege ferenda*”, aliás, o que recentemente se debateu no parlamento brasileiro foi precisamente a *justa medida* da intervenção do juiz para garantir o contraditório nos processos judiciais: se haverá de fazê-lo indiscriminadamente, como regra, ou se o interesse do Estado-juiz em promover o contraditório limitar-se-ia às situações de “hipossuficiência técnica”²²⁵⁹.

²²⁵⁸ Na verdade, o atual Código de Processo Civil brasileiro *desconhece* o vocábulo “contraditório”, que não tem lugar ao longo de seus 1.220 artigos. Promulgado no início da década de setenta (1973), o Código Buzaid foi sobretudo pensado na perspectiva da segurança jurídica e do procedimento, sem maior pendor para enfatizar a perspectiva das garantias processuais fundamentais. Vale lembrar que, em 1973, o Brasil vivia o auge de sua ditadura militar, sob a presidência do General-de-Exército Emílio Garrastazu Médici.

²²⁵⁹ O artigo 7º do projeto estatuiu, na redação original (anteprojeto), que “[é] *assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus,*

Mas descrevamos, ainda que brevemente, as três hipóteses-paradigmas de inflexão do contraditório. Como explicado alhures (tópico 21.1, n. III), o juiz está autorizado, no *contraditório diferido*, a julgar de plano o mérito da causa ou da questão, por meio de decisão provisória, com uma adequada inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas somente após a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante. É o regime de contraditório reservado para as técnicas de *antecipação de tutela* (v.g., artigo 273 do CPC). No *contraditório eventual*, de outra parte, não se invertem as fases processuais, mas as próprias posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o para uma ação incidental (como se dá com os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais) ou para uma ação independente, de caráter geral ou especial (como se dá, p.ex., nas ações de desapropriação²²⁶⁰).

Convém ainda reconhecer, ademais, a figura do *contraditório mitigado*. Em algumas hipóteses, tendo em conta a natureza dos interesses materiais envolvidos no litígio e/ou a urgência da decisão final, o legislador *limita* as matérias fáticas ou jurídicas passíveis de controvérsia processual. Engendram-se normalmente situações jurídicas muito delicadas, não raro suscitando dúvidas de constitucionalidade; mas, ainda assim, são em tese possíveis. No Brasil, p.ex., o DL n. 911/1969, ao regular aspectos materiais e processuais do contrato de alienação fiduciária em garantia no mercado financeiro e de capitais²²⁶¹ (artigo 66-B da Lei n. 4.728/1965) e da respectiva propriedade resolúvel (artigos 1361 a 1368-A do NCC), dispôs originalmente que “*na contestação [da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente] só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o*

aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica” (g.n.). Já no relatório-geral do Senador VALTER PEREIRA para o PLS n. 166/2010, a expressão “*em casos de hipossuficiência técnica*” desapareceu, disso resultando que, ao menos literalmente, ao juiz competiria velar pela efetividade do contraditório *em qualquer circunstância*. Até meados de 2012, o projeto ainda tramitava na Câmara dos Deputados. Aprove-se, porém, com ou sem a expressão, é provável que esses movimentos suscitem ulteriores debates doutrinários acerca dos *limites da disponibilidade do contraditório* no âmbito do processo civil. Ganhar-se-á, de resto, em um ponto: o princípio do contraditório passará a ter positividade no Código de Processo Civil brasileiro.

²²⁶⁰ Veja-se o artigo 20 do DL n. 3365/1941: “*A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta*” (g.n.).

²²⁶¹ E, no que diz com o procedimento especial de busca e apreensão, também para a propriedade fiduciária constituída para garantir débitos fiscais ou previdenciários, nos termos do artigo 8º-A, “*in fine*”, do DL n. 911/1969 (com a redação da Lei n. 10.931/2003).

cumprimento das obrigações contratuais” (art. 3º, §2º), e nada mais; não se poderia opor à pretensão de busca e apreensão, p.ex., a nulidade do contrato de alienação fiduciária. Mitigava-se, por força de lei, o contraditório possível²²⁶²; e mitigava-se mal. Daí que, por razões várias (envolvendo inclusive o critério da devida proporcionalidade, mal resolvido pelo legislador de antanho), sustentamos a inconstitucionalidade dessa mitigação²²⁶³. Hoje, melhor diríamos: havia inconstitucionalidade por malferimento dos *metalimites dialógicos* das inflexões formais do processo. Com efeito, o decreto-lei de 1969 restringiu o direito de defesa para privilegiar o crédito das instituições bancárias e financeiras, então os credores fiduciários por excelência. Logo, na contraposição concreta dos interesses materiais subjacentes (i.e., no juízo concreto de proporcionalidade), a solução legislativa carecia do elemento da *proporcionalidade em sentido estrito* (*supra*, tópico 14.1, n. III): no fim das contas, sacrificava-se uma garantia individual do consumidor — geralmente hipossuficiente econômico em face do banco fiduciário — em prol do direito creditício-patrimonial de uma pessoa jurídica. E de fato, trinta e cinco anos depois, tais limitações ao contraditório foram finalmente *revogadas*, por força da Lei n. 10.931/2004.

Haverá ensejos, ademais, em que duas ou mais técnicas de inflexão do contraditório serão combinadas. No processo laboral brasileiro, p.ex., reza a CLT que, uma vez garantida a execução trabalhista ou penhorados bens a tanto bastantes, o executado terá cinco dias para apresentar os seus embargos à execução, sendo certo que “[a] *matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida*” (artigo 884, §1º). Admitindo-se, na esteira do que se passa no processo civil, que esses embargos à execução têm natureza de *ação autônoma de impugnação*, exsurge que o contraditório em sede de execução trabalhista exerce-se, nessa condição, de modo *eventual*

²²⁶² OVÍDIO BAPTISTA (*Processo e Ideologia*, pp.153 e ss.) compreendia ser esse um dos casos de *contraditório eventual* (e não meramente mitigado), de modo que os vícios do contrato de alienação fiduciária em garantia poderiam ser discutidos em ação autônoma (como se dá, p.ex., com as ações de desapropriação do DL n. 3365/1941). De se ver, porém, que (a) o parágrafo 2º do artigo 3º do DL n. 911/1969, na redação original, *não previa “in expressis verbis”* a possibilidade de se discutirem outras questões contratuais “*por ação direta*” (i.e., autônoma); e (b) ainda que se admitisse essa possibilidade, como um consectário inapelável do próprio sistema processual (*ut* artigo 5º, XXXV, da CRFB), haveria sério risco de que, ao tempo do contraditório ampliado (em “ação direta”), o bem dado em garantia fiduciária já houvesse sido apreendido e vendido. Logo, ante os efeitos muitas vezes irreversíveis da sentença no procedimento especial (à vista, p.ex., da alienação do bem para terceiros de boa-fé), melhor era mesmo reconhecer, na hipótese, a figura do contraditório *mitigado*, aquém do contraditório eventual.

²²⁶³ Cf. G. G. Feliciano, *Tratado...*, *passim*.

(i.e., por meio de uma ação incidental) e *mitigado* (i.e., atendo-se a certas matérias). Outra vez, porém, objeções de constitucionalidade têm sido esgrimidas; e, por conta delas, são feitos naturais esforços de interpretação conforme. TEIXEIRA FILHO²²⁶⁴ a propósito obtemperou — e com ele concordamos — que,

“[p]revalecesse o senso exclusivamente literal do preceito normativo trabalhista, *sub examen*, haveríamos de concluir que ao embargante seria lícito, apenas, alegar cumprimento do acordo ou da decisão, quitação ou prescrição da dívida, porquanto *restringir* significa limitar, circunscrever. A interpretação literal é, no entanto, a mais pobre das técnicas hermenêuticas, seja no particular ou no geral. Seria insensato supor, p.ex., que ao embargante fosse defeso alegar a inexigibilidade do título, a ilegitimidade de parte, a incompetência do juízo, o impedimento ou a suspeição do juiz, o excesso de execução e o mais, como se esses fatos não existisse no mundo jurídico. A riqueza e a amplitude da realidade prática não podem ser confinadas nos estreitos limites do art. 884, §1º, da CLT, sob pena de perpetrar-se, com isso, odiosa ofensa a direitos [fundamentais] legítimos do devedor. Se, para alguns, a particularidade de o legislador trabalhista haver pretendido limitar as matérias a serem suscitadas pelo embargante àquelas mencionadas no texto deveu-se à sua preocupação de permitir que a execução tivesse curso célere, para nós o fato deve ser atribuído a uma visão simplista (ou estrábica) da realidade em que o processo se desenvolve. **O processo do trabalho pode ser simples sem ser simplório, assim como pode perseguir o ideal de celeridade sem sacrifício de certos direitos constitucionais essenciais à defesa dos interesses das partes.** [...] A praxe, mais sábia que o legislador, vem permitindo que o embargante alegue matéria não relacionada no art. 884, §1º, da CLT, mas de alta relevância para o processo e para o próprio Judiciário” (g.n).

Revelam-se, outra vez, os metalimites dialógicos, desta feita pelo desatendimento do elemento da *necessidade*: para concordar praticamente a garantia do contraditório do réu e o direito do autor à efetividade executiva, com a fruição mais pronta possível de seus créditos alimentares (o que TEIXEIRA FILHO traduziu, no excerto, como “ideal de celeridade” do processo do trabalho), não é realmente *necessário* que as matérias de defesa se resumam àquelas do artigo 884, §1º, da CLT, já que até mesmo as defesas mais fadigasas na prática — aquelas que exigem prova de fatos (com a oitiva de testemunhas) —

²²⁶⁴ Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v. III, pp.2255-2256.

estão tacitamente admitidas pela lei (§2º²²⁶⁵). Se até essas são cabíveis, fere a lógica do razoável que se suprimam do conteúdo dos embargos matérias eminentemente jurídicas ou aritméticas — ilegitimidade de parte, incompetência do juízo, excesso de execução, decadência, compensação tardia, inexigibilidade do título (matéria hoje obliquamente admitida no parágrafo 5º, por força da MP n. 2.180-35/2001²²⁶⁶) etc. — que, a rigor, não exigem mais do que alguns parágrafos a mais de reflexão ao tempo da decisão judicial. Noutros termos, se é do devido processo substantivo que ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes (como é o *contraditório*, sem o qual não é dado privar pessoa alguma de seus bens ou liberdade²²⁶⁷), *sem a devida proporcionalidade*, então a restrição do artigo 889, §1º, da CLT restringe o “*procedural due process*” desproporcionalmente e, por consequência, não é possível interpretá-lo na sua estrita literalidade.

Chama a atenção, enfim, o modelo de processo penal adotado pela Constituição italiana em 1999, a conceder textualmente, ao legislador ordinário, poder de conformação bastante para a *derrogação do contraditório* em sede de formação e aquisição processual de provas, nos seguintes casos: (1) quando para tanto houver o consentimento do imputado; (2) quando se declarar a impossibilidade objetiva de prover o contraditório na circunstância do processo; e (3) como efeito da comprovada conduta ilícita do réu (que, p.ex., comportar-se de forma a prejudicar a instrução)²²⁶⁸.

Tratando-se de hipóteses em que simplesmente “*a formação de prova não tem lugar em contraditório*” (para além da mitigação, do diferimento ou mesmo da

²²⁶⁵ “Se na defesa [i.e., nos embargos ou na sua contestação] tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, **marcar audiência para a produção das provas**, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias” (g.n.).

²²⁶⁶ “Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. Ver a respeito o §32º, *infra*.

²²⁶⁷ Artigo 5º, LIV e LV, da CRFB. Cf. ainda, *supra*, o tópico 12.2, n. IV.

²²⁶⁸ Cf. artigo 111, n. 5, da *Costituzione* (introduzido pelo artigo 1º da *Legge costituzionale* n. 2, de 23.11.1999). *In verbis*: “La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”. Cf. a respeito, por todos, Galantini, *op.cit.*, pp.81-106.

eventualidade²²⁶⁹) — e ainda mais em sede processual penal —, poder-se-ia questionar, sempre na perspectiva da convergência entre devido processo formal e substancial, a própria legitimidade da *legge costituzionale* que inseriu a autorização, em vista da “*Wesenskern*” do direito ao contraditório (= oportunidade formal de contraditório mínimo), em especial quanto à última classe derogatória (“*condotta illecita*”). Afinal, é da própria jurisprudência do TEDH que a conformidade com o artigo 6º da CEDH “*exige pelo menos um contraditório diferido sobre a fonte de prova*”²²⁷⁰. Se não isso, convirá, com GALANTINI, esperar ao menos uma jurisprudência constitucional que adeque as leis posteriores, a despeito daquela autorização constitucional (artigo 111, n. 5), à inovação mais relevante da reforma de 1999, que foi justamente a positivação do “*giusto processo*”²²⁷¹. De todo modo, para o que ora nos interessa, uma conclusão de logo se põe:

²²⁶⁹ Fenômenos que, na precisão conceitual de GALANTINI (*op.cit.*, pp.82-83), seriam espécies de “*limiti*”, com “*minore grado di riduzione del contraddittorio*”, e não propriamente “*deroghe*”, que indica “*ogni compressione o esclusione del contraddittorio nella formazione o acquisizione della prova*”.

²²⁷⁰ Galantini, *op.cit.*, p.90. Cf. também G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2000, p.59 (citando arestos do TEDH). O próprio GALANTINI evoca, ao final do estudo, o caso *Lucà v. Itália*, de 27.02.2011 (*Requête* n. 33354/1996), em que se reconheceu, na derrogação do contraditório penal, violação ao artigo 6º da CEDH (em caso anterior à alteração do artigo 111 da *Costituzione* — que, todavia, é examinado no aresto). Voltaremos a este caso na nota seguinte.

²²⁷¹ Cf. Galantini, *op.cit.*, pp.105-106. Cita-se como “advertência” para a *Corte di Cassazione*, embora não se nomine (p.106, nota n. 47), o caso *Lucà v. Itália* (27.02.2001), em que o TEDH censurou a decisão final da *Cassazione* — no que admitiu condenação criminal com base em prova testemunhal de processo conexo não submetida a contraditório perante o réu ou seus advogados (1995) — e assim decidiu: “**41.** Dans ce contexte, la circonstance que pareilles dépositions proviennent d'un coïnculpé, comme dans le cas d'espèce, et non d'un témoin n'est pas pertinente. A cet égard, la Cour souligne que le terme “témoin” a, dans le système de la Convention, un sens “autonome” (arrêt Vidal c. Belgique du 22 avril 1992, série A no 235-B, pp. 32-33, § 33). Ainsi, dès lors qu'une déposition, qu'elle soit faite par un témoin stricto sensu ou par un coïnculpé, est susceptible de fonder, d'une manière substantielle, la condamnation du prévenu, elle constitue un témoignage à charge et les garanties prévues par l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention lui sont applicables (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Ferrantelli et Santangelo c. Italie du 7 août 1996, Recueil 1996-III, pp. 950-951, §§ 51-52). **42.** A la lumière de ce qui précède, les arguments invoqués par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1995 pour rejeter le moyen de recours fondé sur l'article 6 § 3 d) de la Convention, repris en partie par le Gouvernement, ne paraissent donc pas pertinents. En particulier, le fait que le droit national en vigueur à l'époque (paragraphe 26 ci-dessus) prévoyait que, face au refus du coïnculpé de témoigner, les déclarations formulées avant les débats pouvaient être utilisées par le juge, ne saurait priver l'inculpé du droit, que l'article 6 § 3 d) lui reconnaît, d'examiner ou de faire examiner de manière contradictoire tout élément de preuve substantiel à sa charge. **43.** En l'espèce, la Cour relève que, pour conclure à la condamnation du requérant, les juridictions nationales se sont fondées exclusivement sur les déclarations faites par N. avant le procès et que ni le requérant ni son défenseur n'ont eu, à aucun stade de la procédure, la possibilité de l'interroger. **44.** Dans ces conditions, on ne saurait conclure que le requérant a bénéficié d'une occasion adéquate et suffisante de contester les déclarations sur lesquelles sa condamnation s'est fondée. **45.** L'intéressé n'a donc pas bénéficié d'un procès équitable; dès lors, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d)” (g.n.). À vista disso (e de outros elementos), GALANTINI parece afinal sugerir, como solução hermenêutica idônea a fazer concordar os artigos 111, n. 5, da *Costituzione* e 6º da CEDH, uma “redução semântica” da derrogação àquelas formas mais intensas de limitação (ou seja, *inflexões formais* não excludentes), de modo a não malferir as “*regole minime di contraddittorio*”; dessa natureza seria, p.ex., o

se ali se admite que o legislador tenha tamanhos poderes no dimensionamento do contraditório em processo penal, não se poderá, “*a fortiori*”, afirmar que possa menos em seara processual civil. “*Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*”.

III. Sendo certo, portanto, que o legislador pode em tese dimensionar o contraditório (v. *supra*), com maior ou menor liberdade, resta saber quando — e quanto — o juiz poderá fazê-lo (i.e., infletir-lo: mitigá-lo, diferir-lo, condicioná-lo), faça-o “*secundum legem*”, “*praeter legem*” ou mesmo “*contra legem*”, mas sempre à vista dos interesses materiais em jogo, em juízos concretos de ponderação. Indene de dúvidas, a esta altura, que o juiz *poderá* fazê-lo, na medida dos metalimites dialógicos (i.e., atentando casuisticamente para a devida proporcionalidade e para a capacidade de aprendizagem das normas processuais), desde que não golpee os metalimites imanentes. Isso significa, p.ex., que em hipótese alguma o magistrado poderá simplesmente *suprimir* o contraditório, sob quaisquer argumentos, ainda que sob algum verniz de jusfundamentalidade — ressaltando-se, é claro, os casos de “manifesta desnecessidade”²²⁷² e o direito de o réu *não contraditar* (já que, vimos, trata-se hoje de uma garantia, não de um dever²²⁷³).

próprio diferimento do contraditório. Nas palavras da autora, “*a compensare la mancanza di un contraddittorio attuale, può supplire un contraddittorio pregresso o anticipato, che talvolta deve essere anche specifico — nel senso che di esso devono essere ‘partecipi gli stessi soggetti destinatari della utilizzazione dei suoi esiti’ — e, in ogni caso non imperfetto, nel senso che non può essere sufficiente, a fini acquisitivi di un atto, la sua assunzione in un contesto semplicemente garantito dalla presenza della difesa, salvo che la non pienezza del contraddittorio precedente sia riequilibrata da un contraddittorio differito (art. 503 comma 3 c.p.p.: al di fuori di questo caso si riprodurrebbe infatti il contraddittorio come aparato técnico di mera attuazione del diritto di difesa)*” (op.cit., p.90). Note-se que, nessa altura do texto, GALANTINI não tinha em vista os **limites**, mas efetivamente “[l]e **deroghe** e le loro fonti” (p.81 [g.n.]).

²²⁷² V. artigo 3º, 3, do CPC português. O Tribunal Constitucional julgou, a propósito, constitucional a interpretação segundo a qual não se impõe a notificação, ao recorrente, do parecer do Ministério Público que se pronuncia pelo não seguimento de recurso por oposição de acórdãos, nos termos do artigo 109º, 2, do CPTA, em conjugação com o artigo 3º, 3º, do CPC — exatamente por ser, “*in casu*”, *desnecessário* o contraditório: consoante jurisprudência do tribunal administrativo de origem, o parecer do Ministério Público “*carece de ser notificado [somente] quando suscite questões novas*” (TC, Proc. n. 651/2002, Ac. n. 255/2003, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO, j. 21.05.2003).

²²⁷³ Em certos contextos, garantia *irrenunciável, indispensável e impostergável*, como no processo penal (em que se garantirá ao réu o direito de defesa, mesmo que não queira exercê-lo) ou em processos cíveis que lidem com interesses materiais indisponíveis de menores; mas, ainda assim, uma *garantia*, não um dever. Fosse um dever, caberiam sanções processuais ou mesmo materiais em detrimento do réu recalcitrante, o que evidentemente não se dá nas ordens jurídicas democráticas. E não se fale dos efeitos da revelia, que *não perfazem sanção*: como bem assertou CHIOVENDA, “[e]l Estado tiende a la definición del pleito por el camino más rápido y con el mínimo empleo de actividad procesal [...]. Esto no puede impedir que garantice a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte no hace uso del derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos declarados por el actor se consideren sin más como admitidos, antes que afrontar la serie de actividades necesarias para su prueba. Pero **no hace esto para castigar al rebelde ni para obligarlo**

Quando, pois, o juiz infletirá? E quanto? A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já nos dão algumas pistas. Vejamos.

28.2. RESTRIÇÕES JUDICIAIS. AS INFLEXÕES “EXPANSIVAS” OU IMPRÓPRIAS

I. No atual sistema português, ensina ABRANTES GERALDES²²⁷⁴ que o artigo 3º, 3, do CPC, ao positivar a cláusula geral da “manifesta necessidade”, na verdade conferiu ao juiz da causa o poder de integrá-la concretamente, nos processos em que atuar, lidando com o binômio necessidade v. desnecessidade; ou, em termos mais abrangentes, com o binômio liberdade v. previsibilidade, uma vez que

“a **liberdade** de aplicação das regras do direito adequado ao caso e a oficiosidade no conhecimento de exceções conduziam, com alguma frequência, a decisões que, embora tecnicamente correctas, surgiam contra a corrente do processo, à revelia das posições jurídicas que cada uma das partes tomara nos articulados ou nas alegações de recurso. Eram as chamadas “*decisões-surpresa*” legitimadas pelo regime jurídico-processual anterior, que nenhuma limitação colocava ao poder imediato de integração da matéria de facto nas normas aplicáveis. [...] Tal sistema possibilitava, sem quaisquer reservas, que, à margem de uma efectiva discussão da questões, o juiz pudesse proferir uma decisão de absolvição da instância, no despacho saneador ou na sentença final, apesar de nenhuma das partes interessadas na resolução do litígio ter configurado essa possibilidade de finalização da instância, em lugar da pretendida decisão de mérito. [...] A alteração do art.º 3º e, principalmente, o aditamento do n.º 3 [pelo DL n. 180/1996] teve em vista permitir que a contraditoriedade não seja uma mera referência programática e constitua, efectivamente, uma via tendente a melhor satisfazer os interesses que gravitam na órbita dos tribunais: a boa administração da justiça, a justa composição dos litígios, a eficácia do sistema, a satisfação dos interesses do cidadão”.

a comparecer o a responder, sino con el único objeto de librar por el medio más expedito a la sociedad y a sí mismo de la litis pendiente” (Principios..., p.209 [g.n.]). Cf., de resto, Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1984, v. II, pp.204-220 (especialmente quanto às distinções que a questão pede, conforme se trate de processo civil ou de processo penal) .

²²⁷⁴ *Temas...*, pp.76-79 e nota n. 104.

Com efeito, embora o novel dispositivo tenha prestigiado sobretudo o princípio do contraditório, ainda assim o sistema processual preservou, para o magistrado, uma razoável margem para inflexões. E não poderia ser de outro modo. Em situações nas quais a convicção jurídica não dimana de um ato em concreto, mas da análise de comportamentos disseminados por todo o processo (*e.g.*, nas condenações por litigância de má-fé), é natural que a questão seja decidida apenas na sentença final, quando já não há ensejo possível para a prévia manifestação das partes (a não ser que — atentando contra a duração razoável do processo — o julgamento fosse convertido em diligência). Daí que, à luz do artigo 3º, 3, do CPC,

“caberá ao juiz avaliar, caso a caso, a necessidade ou desnecessidade de respeitar o princípio do contraditório, sem que tenha de, continuamente, emitir ‘pré-avisos’ anunciadores das consequências que se avizinham”²²⁷⁵.

No Brasil, a legislação processual civil não possui dispositivo semelhante. No entanto, como pontuamos alhures (tópico 21.1, n. III), o PL n. 6.025/2010 pretende introduzir regra em tudo similar, estatuinto a obrigatoriedade de se oportunizar a manifestação prévia da parte interessada antes de qualquer decisão judicial que possa afetar o seu interesse (*v.* artigos 9º, 10 e 301 do projeto, entre outros), inclusive em casos de matéria de cognição incondicionada (= conhecimento “*ex officio*”). À primeira leitura, limitar-se-ia o poder de o juiz decidir imediatamente sobre as objeções mais óbvias e *diferir* o possível contraditório. Ali criticávamos a mudança, por albergar o que OVÍDIO BAPTISTA chamava de “ordinarização” procedimental, burocratizando o processo e aumentando-lhe a demora. Caberá, pois, na tensão entre as garantias processuais do contraditório e da razoável duração do processo (artigo 5º, LV e LXXVIII, da CRFB; ou, em Portugal, artigo 20º, ns. 2 e 4, da CRP), buscar a interpretação mais harmônica — a concordância prática — para que o prestígio de uma garantia não comprometa desarrazoadamente a outra. O que significará trasladar, para o contexto brasileiro, a mesma compreensão vaticinada por ABRANTES GERALDES para o direito português: conquanto os textos em debate no Congresso Nacional, e em particular os artigos 9º e 10 do projeto, não possuam a mesma cláusula geral do CPC luso (“*salvo caso de manifesta*

²²⁷⁵ *Idem*, p.77, nota n. 104.

(des)necessidade”²²⁷⁶), será de rigor subentendê-la, para manter mínimas margens de inflexão formal concreta à disposição do magistrado. A cultura dos “pré-avisos” mecânicos e contumazes não fará bem nem ao processo, nem às partes, e menos ainda aos misteres de lealdade e cooperação processual.

II. De outra parte, convém ter presente, com GALANTINI²²⁷⁷, se pode discrepar entre duas espécies de contraditório, um *substancial* e outro *formal*, de acordo com a forma que o seu exercício assume, a finalidade que se persegue e o seu objeto de tutela. Diz-se *substancial* o contraditório no seu significado primário de método cognoscitivo correlato à *atividade probatória*, que assume, para o processo, um caráter *estrutural* (na perspectiva do juízo histórico) e *funcional* (na perspectiva da formação e da aquisição da prova, notadamente na forma oral). De outra banda, diz-se *formal* o contraditório que, funcionalmente secundário (mas não marginal no contexto do procedimento), prescinde da oralidade e desatavia-se da atividade probatória, exprimindo-se também documental e cartularmente — i.e., por manifestações escritas lançadas nos autos e por comunicações postais²²⁷⁸ — e atendendo mais à necessidade de tutela dos direitos afetados que à finalidade de satisfazer as exigências de funcionalidade do processo (sobretudo ligadas à descoberta da verdade dos fatos, especialmente no processo penal — v., *supra*, o §18º). Assim, quando as contraposições dizem respeito à instauração ou à continuidade do procedimento (e.g., na exceção de incompetência ou nas preliminares de conexão ou de incompatibilidade de rito), à alegação de nulidade por violação dos direitos de defesa ou mesmo, no processo penal, à própria qualificação do fato (“*emendatio libelli*” e “*mutatio libelli*” — v., *supra*, a nota n. 1920), trata-se sempre de *contraditório formal*, porque os direitos de comunicação, participação e contraposição não se exercem em relação à *prova*, dimensão onde tem maior relevância o exercício do contraditório²²⁷⁹.

²²⁷⁶ O texto brasileiro, entretanto, já ressalva, em boa hora, “a medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito” (que é, afinal, uma das hipóteses de “manifesta necessidade” de diferimento do contraditório) e as situações do novel artigo 307 (i.e., prescrição, decadência e improcedência liminar em matéria exclusivamente de direito — amiúde, casos de “manifesta desnecessidade” de contradição prévia). Não é sábio, porém, engessar casuisticamente uma e outra classe de possibilidades.

²²⁷⁷ *Op.cit.*, pp.81-82.

²²⁷⁸ A autora exemplifica com os artigos 291, 1, 406, 3, 415-bis e 482, 1, do *Codice de Processo Penale* (todos relativos a memoriais escritos e comunicações documentais), entre outros.

²²⁷⁹ Em uma outra visão doutrinária, desenvolvida basicamente com a mesma terminologia, diz-se que o contraditório deve ser *participação paritária* (= dimensão formal) — v., e.g., TEDH, *Stanford v. Reino Unido*

Acolhida essa distinção, infletem-se igualmente, um e outro, ou resistem às inflexões de diferentes modos?

Temos por certo que, quando a inflexão incide sobre o contraditório substancial, será tendencialmente mais modesta. Daí porque, no próprio caso italiano, a preocupação primeira o legislador — inclusive o constitucional — foi modular essa espécie de contraditório, incidente sobre a atividade probatória (artigo 111, n. 5, da Constituição italiana); e, ainda assim, com severas restrições, ora ditadas pela jurisprudência do TEDH (v. *Lucà v. Itália*, 27.02.211²²⁸⁰), ora ditadas pela própria constituição (veda-se, p.ex., que a culpabilidade do réu funde-se em declarações feitas por pessoas que voluntariamente se recusem a serem interrogadas pelo acusado ou por seu defensor²²⁸¹). Se é assim em sede processual penal, ademais, não há razão para que seja diferente em sede processual civil, desde que também aqui haja controvérsia de fatos; e, de resto, a mesma resistência que o contraditório substancial apresenta às inflexões legislativas, apresenta-las-á, com maior razão, às inflexões judiciais. É que se trata de infletir, nessa espécie, os ensejos mais favoráveis que a parte terá para influenciar a decisão judicial no curso do processo; e não é outra, afinal, a funcionalidade maior do contraditório — obter decisões mais favoráveis —, o que aproxima sobremodo tais inflexões do limiar da intangibilidade da garantia (“*Wesenskern*”). Já quando está em causa o contraditório formal, circunscrito a questões jurídicas puras e incidentes processuais, as possibilidades de inflexão serão sempre maiores.

Em conclusão, portanto, diremos que (a) as inflexões judiciais do contraditório são sistemicamente admissíveis, no vácuo da lei formal ou mesmo contrariamente a ela, legitimando-se casuisticamente a partir da tríade necessidade/adequação/proporcionalidade estrita, salvaguardados os metalimites imanentes da garantia (conteúdo essencial) e

(23.02.1994) —, mas com *poder de influência* (= dimensão substancial). Cf., por todos, Fredie Didier Jr. *Curso de direito processual civil*, 15ª ed., Salvador, JusPODIVM, 2013, v. 1, pp.59 e ss. No final, como se vê, as duas visões terminam convergindo: *contraditório substancial* será aquele incidente sobre mais a eminente atividade processual quando existem controvérsias de fato (a saber, a *atividade probatória*); e, por isso mesmo, aquele que mais agudamente poderá *influenciar* o juiz em sua decisão. É da praxe forense, com efeito, que se ganha mais provando fatos do que minando convicções jurídicas arraigadas.

²²⁸⁰ Cf. nota n. 2270, *supra*.

²²⁸¹ Cf. artigo 111, n. 4, da *Costituzione*.

ponderadas as circunstâncias fáticas, assim como os interesses contrapostos concretamente atuantes; e **(b)** no marco da proporcionalidade, os interesses materiais e as circunstâncias de fato deverão ser, respectivamente, mais relevantes e mais graves para justificar inflexões no plano do *contraditório substancial* (i.e., em relação à atividade processual probatória).

III. Volvendo à jurisprudência do TEDH, podem-se recolher importantes indícios das possibilidades que os tribunais detém na inflexão concreta do contraditório clássico (i.e., pleno, certo, geral, judicial e “*ex ante*”), notadamente quanto ao seu *momento*. E, nesse caso, a inflexão formal pode dar-se inclusive no sentido de *elastecer* a garantia do contraditório, para além do que seria exigível na perspectiva da lei formal. Debateremos alhures tal questão, “*a vol d’oiseau*”, quando examinamos as particularizações do devido processo formal no processo penal (tópico 16.5.2) e, em particular, no inquérito policial brasileiro (*supra*, notas ns. 1466 e 1467). Nem todas as inflexões, portanto, são necessariamente *restritivas*; algumas serão, por assim dizer, **impróprias** ou “**expansivas**”²²⁸². Vejamos com vagar.

Analisando a evolução dos julgados do TEDH²²⁸³ até a década de noventa do século passado, LE GALL observou que o respeito ao contraditório deve ser aferido em função da condição do órgão judicial no contexto da ordem jurisdicional nacional. Se o órgão judicial decide tão só em primeira e última instância (e há, p.ex., fases deliberativas anteriores, de caráter corporativo ou administrativo), o contraditório pode ser diferido, mas deve ser implementado, *no mais tardar* (“*au plus tard*”), perante aquele órgão. Se, por outro lado, o

²²⁸² Uma vez que previamente definimos as inflexões do “*due process of law*” como **restrições** admissíveis à cláusula do devido processo legal formal, assim entendida a garantia jusfundamental a um procedimento prévio, público e legal-formal e a um processo justo, equânime, efetivo e de duração razoável (*supra*, §2º, n. III, “ζ”), a afirmação da existência de uma “inflexão expansiva” chega a ser uma “*contradictio in terminis*”. De fato, não seriam “inflexões” no sentido estrito perfilhado ao tempo da Introdução (§2º). Mas, para não ceder à tentação de se criar um novo conceito (e uma outra terminologia) que abarcasse a hipótese, preferimos excetuar o conceito estrito, apenas nesta passagem, para então apresentar uma das hipóteses — porque há outras — de “inflexões impróprias” ou “expansivas”. Não são problemáticas, na perspectiva desta Tese, porque na verdade *prestigiam* a cláusula do devido processo legal formal, ao invés de relativizá-la; mas, na outra ponta do fenômeno, estará sempre um direito fundamental ou uma potestade pública (como é o caso) restringidos, por força de um exercício concreto de ponderação.

²²⁸³ Jean-Pierre Le Gall, “À quel moment le contradictoire? Une application de la Convention européenne de droits de l’homme”, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme: Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande Chambre de la Cour de Cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp.55-68.

órgão judicial decide em primeira instância (e há outras acima dele), o contraditório deve ser implementado *o mais cedo possível* (“*au plus tôt*”) em sua presença. Essa é uma distinção especialmente importante para os sistemas jurídicos que mantêm na periferia dos tribunais, com diversos graus de oficialidade, órgãos administrativos ou corporativos de consulta, fiscalização e/ou investigação, como se dá na França (*e.g.*, o *Comité consultatif pour la répression des abus de droit*, a *Cour de comptes* e a *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*) e no Brasil (*e.g.*, o COAF, os tribunais de contas e a própria polícia judiciária). Não sendo “tribunais” na acepção do artigo 6º, 1, do TEDH — ou não presidindo “processos” na acepção do artigo 5º, LV, da CRFB —, submetem-se em alguma medida aos rigores do contraditório (formal ou substancial)? O que equivale, na perspectiva jurisdicional, a indagar o seguinte: poderão os tribunais judiciais *anular* os respectivos procedimentos de consulta, fiscalização e/ou investigação, por violação do contraditório? Ou, com ainda maior contundência, poderão os tribunais judiciais *instar* aqueles órgãos a adequarem seus procedimentos ao modelo acusatório típico?

Falar-se-á em *inflexões expansivas*, na medida em que, nos dois casos citados (Brasil e França), a estrita regra formal *não impõe* o procedimento contraditório, se não se trata de um “tribunal” (França) ou de um “processo” (Brasil), ou ainda se não há formalmente um *acusado*. É o que está na base da recorrente polêmica acerca do caráter inquisitorial dos inquéritos policiais brasileiros, que são procedimentos preparatórios para a “*persecutio criminis in iudicio*”. Se o inquérito policial não é um “processo administrativo” (artigo 5º, LV, da CRFB), dado que em regra não há citação, nem contrariedade de partes e tanto menos decisão de fundo (há, sim, mero “relatório” do quanto apurado, para remessa ao juiz competente, *ut* artigo 10, §1º, do CPP), e se nem sempre haverá um “acusado” (porque, ainda que se tome como “protoacusação” o indiciamento formal do artigo 6º, V e VIII, do CPP, haverá muitos casos de inquéritos policiais com meros averiguados, ou até mesmo sem isso), antecipam-se no seu bojo consectários do contraditório?

Registramos (nota n. 1466) o entendimento de que *alguns* consectários do devido processo penal podem ter aplicabilidade mitigada aos inquéritos policiais e afins; não cabe

imprimir-lhes, no entanto, toda a amplitude do contraditório inerente aos processos judiciais e administrativos. Aqui exatamente se dá aquela inflexão expansiva, já que, à luz da estrita legalidade (artigos 4º a 23 do CPP) , *não há espaço ou ocasião para a contrariedade* no âmbito dos inquéritos policiais. Então, a indagação seguinte seria: essa inflexão expansiva, que pode ter efeitos “*ex ante*” (se a questão for previamente levada a juízo) ou “*ex post*” (se a insurgência sobrevier apenas depois da colheita inquisitorial das provas), sempre terá lugar? Nossa resposta é *negativa*: como sempre, caberá ponderar “*in concreto*”. E, se não, como identificar as situações que reclamam — ou que reclamam mais fortemente — a antecipação de aspectos do contraditório?

Eis justamente o grande contributo que se pode extrair da jurisprudência da TEDH para essa matéria. No paradigmático *affaire Imbroscia v. Suíça* (24.11.1993), decidiu-se que, embora o artigo 6º da CEDH tenha por finalidade principal assegurar um processo equitativo perante um “tribunal” competente para decidir sobre o bem-fundado da acusação (v., *supra*, o §19º), disso não resulta que o direito humanitário se desinteresse pelas fases que se desenrolam *antes* da persecução em juízo: *as garantias do processo equitativo podem se estender para as fases apuratórias pré-processuais, se — e na medida em que — a sua inobservância inicial puder comprometer gravemente o caráter equitativo do processo judicial subsequente*. Outros julgados do TEDH corroboraram a cosmovisão do caso *Imbroscia*, depois e antes dele (v., e.g., *Funke v. França*, 25.02.1993²²⁸⁴). Daí LE GALL concluir, com acerto, que,

“desde que os atos de procedimento preliminares à apreciação dos juízes de fundo apresentem um caráter determinante para a conclusão do processo [judicial], no que influenciem ou possam influenciar diretamente a solução do litígio, esses atos devem ser cercados das garantias normalmente requeridas nos tribunais”²²⁸⁵.

²²⁸⁴ No *affaire Funke*, teve-se em conta um especial consectário do princípio da ampla defesa, que é o *direito a não auto-incriminação* (v. tópico 16.5.2, *supra*), antecipando-se à fase judicial para proteger o cidadão durante a fiscalização aduaneira. *In verbis*: “44. La Cour constate que les douanes provoquèrent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l’existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d’infractions qu’il aurait commises. Les particularités du droit douanier (paragraphes 30-31 ci-dessus) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout “accusé” au sens autonome que l’article 6 (art. 6) attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. [...] Partant, il y a eu violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1)”.

²²⁸⁵ *Op.cit.*, p.64. *In verbis*: “[...] dès lors que des actes de procédure préalables à la saisine des juges du fond présentent un caractère déterminant pour l’issue du procès, en ce qu’ils influencent ou peuvent influencer

Releva anotar, porém, que o TEDH não tem admitido semelhantes inflexões em se tratando de processo civil (ou de “direitos e obrigações de caráter civil”, na dicção do artigo 6º, 1, da CEDH). Nessa espécie, o princípio segundo o qual os procedimentos não jurisdicionais seguem à margem do artigo 6º da CEDH “*conserva seu caráter absoluto*”²²⁸⁶, como se verifica, p.ex., no *affaire Fayed v. Reino Unido* (21.09.1994). De nossa parte, estamos em que a mesma diretriz citada alinhavada para o processo penal pode ser perfeitamente aplicada aos processos não penais: se a inobservância dos respectivos procedimentos preparatórios — sejam corporativos ou administrativos — puder comprometer gravemente o caráter equitativo da relação processual subsequente, impor-se-á a *antecipação* das garantias do devido processo formal, nos limites do que for necessário e adequado para aquela fase pré-processual. É o que se tem visto, e.g., nas barras dos tribunais federais e trabalhistas brasileiros, em precedentes nos quais os procedimentos internos de apuração de faltas disciplinares de empregados públicos são examinados desde um perfil acusatório-contraditório²²⁸⁷; e, constatando-se a carência de mínimo contraditório, são adiante julgados *nulos*, por violação ao devido processo formal (em modo de eficácia horizontal), disso resultando — se já não é possível instruir a contento a matéria — a reversão judicial da justa causa aplicada e a determinação da reintegração ou do pronto pagamento de todos os haveres rescisórios.

directement la solution du litige, ces actes doivent être entourés des garanties normalement requises des tribunaux”.

²²⁸⁶ *Idem, ibidem.*

²²⁸⁷ Cf., por todos, TRF 3ª Reg., RO n. 45542-SP, Proc. n. 94.03.045542-0, rel. Des. PAULO THEOTONIO COSTA, j. 16.05.1995, in DJ 01.08.1995. *In verbis*: “**TRABALHISTA. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. DESÍDIA. CONFIGURAÇÃO. 1.** O comportamento desidioso da recorrente, que acarretou-lhe a dispensa motivada, restou amplamente demonstrado nos autos, ante a comprovação de que as reiteradas ausências ao serviço não foram causadas por doença, fato atestado pela *sindicância* que precedeu a presente reclamação, **em cujo procedimento, aliás, foi garantido o contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente.** 2. Recurso ordinário a que se nega provimento” (g.n.). Conquanto não se tenha identificado violação do contraditório, é palmar que a legitimidade da dispensa (matéria não penal) foi avalizada na perspectiva do devido processo formal, tendo em conta os trâmites de uma sindicância interna. Trata-se de um dos julgados precursores nessa via de abordagem.

§ 29º. INFLEXÕES NO DIREITO DE PROVA (I). REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

29.1. AS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA. A TESE DE ROSENBERG

I. A repartição do ônus da prova perfaz uma das mais polêmicas e intrincadas questões no campo do direito probatório, senão a mais complexa de todas. À vista da proibição do “*non liquet*”, o juiz está sempre obrigado a decidir, inclusive quanto à matéria fática controvertida, e mesmo quando as provas produzidas (ou a ausência delas) animem no seu íntimo a mais profunda dúvida sobre a verdade dos fatos. No Brasil, ao menos parcialmente, esse comando aparece explícito no artigo 126, 1ª parte, do CPC: “*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei*”. E é pacífico, de toda sorte, que tampouco se eximirá de fazê-lo alegando dúvida subjetiva quanto à correta interpretação da lei ou quanto à verdade dos fatos. Para essa derradeira perplexidade — quanto à prova dos *fatos* (ou do *direito* em regime probatório de fatos²²⁸⁸) — é que se cunharam as regras de repartição do ônus da prova. No Brasil, em sede não penal, encontramos-as nos artigos 333 do CPC (processo civil) e 818 da CLT (processo do trabalho). Em Portugal, melhor parametrizado no plano legislativo, vejam-se, no Código Civil, os artigos 342º, 343º e 344º (padronizando inclusive as hipóteses de inversão), além do artigo 516º do CPC, entre outros.

No entanto, a clareza e objetividade dessas regras não têm bastado para explicar as tendências pretorianas. Tornam-se cada vez mais comuns as construções jurisprudenciais que admitem *dispensas*, *modulações* ou *inversões* do ônus da prova, fora da casuística legal, em certas matérias e/ou sob certas circunstâncias especiais; logo, genuínas **inflexões formais**, na acepção que adotamos (§2º, n. III, “ζ”), mas que pouco ou mal se explicam. Noutras ocasiões, consolidam-se em verbetes posições que aparentemente não são mais que

²²⁸⁸ V., no Brasil, o artigo 337 do CPC brasileiro (quanto ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário). Quanto ao direito federal, vale a máxima “*iura novit curia*”, como já visto (tópico 27.2.2, n. I). V. ainda, quanto à repartição do ônus da *prova do direito* — quando necessária — no Brasil, Munir Karam, “*Ônus da prova*”, in *Justitia*, São Paulo, MPSP, jul./set. 1983, n. 45, pp.139-140.

a aplicação pura e simples da normativa processual positiva (dando-se, portanto, orientações sumulares meramente declarativas, senão redundantes). No Brasil, umas e outras têm sido recorrentes, como veremos abaixo (tópico 29.2.1).

Para agora, basta dizer que tudo parece feito de maneira tão intuitiva e profusa que não se consegue facilmente identificar um “*leit motiv*” basal para o fenômeno das modulações, inversões e dispensas do “*onus probandi*”. O mesmo se poderia dizer, ademais, da própria legislação brasileira. Positivou-se, em 1990, a célebre inversão do ônus da prova nos processos civis consumeristas, na forma do artigo 6º, VIII, do CDC, considerando-se a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor (v., *supra*, notas ns. 45 e 1909); nada obstante, para o trabalhador subordinado, a quem muito mais aguda ou frequentemente se poderá atribuir o predicado de “hipossuficiente” — à vista da dependência econômica que estruturalmente o vulnerabiliza (*ut* artigo 3º, *caput*, da CLT) —, o direito legal-positivo *desconhece* qualquer norma geral de inversão do “*onus probandi*”, à diferença de outras legislações (*e.g.*, artigo 3º, “*h*”, do *Código Procesal Laboral* boliviano). Ora, abstraindo-se a questão histórica (mesmo porque, a despeito dela, as inversões pretorianas seguem acidamente combatidas com fundamento no “*procedural due process*”, à mercê da letra do artigo 818 da CLT), uma leitura sistêmica competente há de encaminhar, objetiva e necessariamente, uma questão inevitável: à luz da Constituição, *por que razão* as “hipossuficiências” mereceriam tratamentos diversos no bojo da técnica processual? Com todas as vênias aos desacordes, essa disparidade não se explica, por qualquer lógica razoável.

Pois bem: *encontrar* aquele “*leit motiv*” — ou ao menos *sinalizá-lo* — e subministrar uma racionalidade constitucional para essas inflexões é, afinal, a contribuição mais relevante que este §29º poderá dar. Tentemos.

II. Nos direitos romano e medieval, a distribuição do ônus da prova resolvia-se de modo mecânico, se não ingênuo, com o emprego de máximas latinas como “*semper onus probandi incumbit qui dicit*” ou “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*” (PAULO, D. 22, 3, 2 — máxima reproduzida um milênio e meio depois, sem mais, na disciplina do

processo laboral brasileiro, *ut* artigo 818 da CLT — v., *supra*, tópico 7.3.3, VI, e nota n. 420) , ou ainda “*per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*” (D. 2, 20, 3); “*reus excipiendo fit actor*” (amenizando, numa fase posterior, a máxima do *Digesto*); “*iudex debet iudicare secundum allegata et probata*”; “*allegatio et non probatio quasi non allegatio*”; “*negativa non sunt probanda*”; e outras de menor relevância ou de menor racionalidade²²⁸⁹. Adotá-las significa padronizar o pensamento e a técnica, tornando as decisões judiciais mais previsíveis. Sobretudo por isso, o direito liberal-moderno acolheu-as em muitos aspectos.

No entanto, a prática forense demonstra que a aplicação de tais máximas nem sempre traduz resultados uniformes, notadamente em face das suas várias possibilidades interpretativas, o que segue comprometendo a maior vantagem da solução “mecânica”, que é a de evitar decisões-surpresa em contextos de ausência de prova ou prova dividida. Como advertiu CHIOVENDA,

“em muitíssimos casos não se sabia como aplicá-lo [a máxima “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*”]. **Qual é a afirmativa e qual é a negativa?** Ordinariamente **toda afirmação é ao mesmo tempo uma negação**: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados *contrários* ou *diferentes* daquela coisa. Em caso de predicados contrários resulta isto evidentíssimo; quem diz *móvel*, diz *não imóvel*; quem diz *escravo*, diz *não liberto*; quem diz *maior de idade*, diz *não menor*. Em todos esses casos não haveria meio de saber quem afirma e quem nega, quem deve provar e quem não. Mas também no caso de predicados somente *diferentes* é, sem dúvida, incerto o predicado que se afirma implicitamente por aquele que nega, porém ele poderia determiná-lo; por consequência, não se poderia considerar nunca como negador em termos absolutos, e por isso dispensado da prova. Assim, aquele que diz que este tecido *não é vermelho*, não pode ser considerado, só por isto, como negador, porque na realidade afirma que o tecido é de outra cor, que ele

²²⁸⁹ AULUS GELLIUS, p.ex., propôs, no segundo século da era cristã (e a partir das lições do filósofo FAVORINUS), que, à falta de provas convincentes nalgum sentido, cumpriria decidir em favor do litigante mais “probo”; e, se autor e réu detivessem a mesma reputação, que se decidisse em favor do réu. Cf. Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, Livro XIV, Cap. II. Disponível em: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/gellius/home.html> (acesso em 10.06.2012). Do discurso de CATÃO, citado por FAVORINUS: “*Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur*”.

poderia determinar; assim [também], quem diz que uma casa não tem a fachada para o norte, diz ao mesmo tempo que tem outra orientação que ele poderia determinar, etc.”²²⁹⁰.

Dê-se disso um exemplo corrente no processo do trabalho brasileiro. A norma geral, como visto, dispõe simplesmente que “a prova incumbe a quem alega”. Em geral, os tribunais entendem que, se o trabalhador/reclamante alega ter feito vinte horas extras semanais por um ano e o empregador/reclamado simplesmente nega o fato, afirmando que o obreiro jamais se ativou em sobrejornadas, o ônus da prova seria do primeiro, por ter alegado o fato (“*semper onus probandi incumbit qui dicit*”); e jamais do segundo, que apenas negou a alegação (“*negativa non sunt probanda*”). Dessarte, à falta de provas dos excessos, o pedido seria julgado improcedente: eis como se julgaria, “*a priori*”, com base naquelas máximas romanas apresentadas (em parte assimiladas, como dissemos, pela lei processual laboral brasileira). MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO²²⁹¹, no entanto, percebe a questão de outro modo: se o réu contesta a pretensão do autor e afirma que ele jamais trabalhou em jornada extraordinária, mas apenas em jornadas ordinárias, “*atraiu para si, automaticamente, o onus probandi, visto que expendeu uma alegação relevante e substitutiva da anterior*”. Logo, na visão de TEIXEIRA FILHO, se nada se prova, haveria de ser o réu condenado às vinte horas extras semanais, vez que não provou o que alegara (i.e., que o “*ex adverso*” *ativava-se nos limites da jornada* — logo, não seria simplesmente um fato negativo²²⁹²: como disse CHIOVENDA, toda afirmação é também uma negação, e vice-versa). Bem se vê que, sob um mesmo microssistema de regras — por mais simples e objetivas que sejam —, muitas versões e entendimentos podem se alinhar, normalmente

²²⁹⁰ Chiovenda, *Princípios...*, t. II, p.265. Na sequência, o autor prossegue demonstrando como as soluções alvitadas para resolver aquelas incertezas — p.ex., a distinção entre “negações reais” e “negações pessoais” — tampouco são adequadas.

²²⁹¹ *Curso...*, v. II, pp.974-976.

²²⁹² *In verbis*: “[...] seria errôneo supor-se que, ao se atribuir ao réu a prova de que não houve jornada extraordinária, estar-se-ia exigindo a produção de prova negativa. Nada mais inexato. A prova, na hipótese, seria eminentemente positiva, pois a ele caberia demonstrar que a jornada do autor sempre foi a ordinária, tal como fixada em lei. Por outro lado, [...] a moderna concepção doutrinária processual deitou por terra, acertadamente, a complexa construção do Direito Romano antigo quanto à impossibilidade da prova dos fatos negativos, corporificada na máxima *negativa non sunt probanda*” (v. II, p.975). Chama a atenção que o autor bem critique a vetusta máxima romana da impossibilidade de prova de fatos negativos (e, com ele, o próprio CHIOVENDA, nos *Princípios*, t. II, pp.266-268), mas defenda com veemência outra máxima contemporânea, de mesma origem, apenas porque positivada no artigo 818 da CLT. Veja-se o que dissemos, alhures, sobre a necessária *capacidade de aprendizagem* das normas jurídicas, especialmente quando versam sobre aspectos de direitos ou garantias fundamentais (*supra*, tópico 12.2, n. III).

em sintonia com o caso concreto ao qual se queira aplicá-lo. Daí, como veremos, a necessidade de se migrar para um modelo de *repartição dinâmica* do ônus da prova.

De todo modo, já na virada do século XIX (e especialmente na Alemanha e na Itália²²⁹³), atinou-se para a necessidade de se construir um modelo de distribuição do “*onus probandi*” que transcendesse a abstração acromática da lógica processual, encontrando fundamentos que deixassem raízes nas próprias pretensões materiais debatidas em juízo. Um modelo que, em síntese, engendrasses regras processuais comprometidas com a sua instrumentalidade; e sensíveis, portanto, à mecânica própria dos direitos materiais (ou “direitos prováveis”, na acepção de MARINONI) a cuja satisfação deveria servir. Essa aspiração, aliás, é basicamente a mesma que temos incorporado em várias passagens do presente estudo (v., e.g., tópico 7.3.3, n. IV, e nota n. 402; ou, ainda, tópico 23.2, n. III): corresponde, com BEDAQUE, à busca do *instrumentalismo substancial*²²⁹⁴, em que as regras, os institutos e as teorias processuais são revistas (ou criadas)

“com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, [...] prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos [...], sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos”²²⁹⁵.

Foi sob esse espírito que, em nossa opinião, LEO ROSENBERG publicou, em 1900, a obra “*Die Beweislast*” (ou “*Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*”), na qual anunciava uma teoria de repartição do ônus da prova baseada nas dinâmicas próprias do direito material²²⁹⁶. Ainda um modelo

²²⁹³ V. Chiovenda, *Principios...*, t. II, pp.262-263, nota n. 1.

²²⁹⁴ Bedaque, *Direito e processo...*, p.163.

²²⁹⁵ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000, pp.20-21 (a citação é também feita, em parte, pelo próprio BEDAQUE).

²²⁹⁶ Há quem atribua a CHIOVENDA a autoria primeira da doutrina contemporânea sobre a repartição do ônus da prova (e.g., Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v. II, pp.969-970). Importa todavia observar que, ao apresentar o modelo em seu “*Principi...*”, nos anos vinte do século passado, o lente da Universidade de Roma já citava, na bibliografia do §55, a obra “*Beweislast*”, de ROSENBERG (v. Chiovenda, *Principios...*, t. II, pp.262-263, nota n. 1). Até pela cronologia das obras, é mais aceitável afirmar que tanto CHIOVENDA como CARNELUTTI abeberaram-se em ROSENBERG, e não o contrário (conquanto se saiba que somente na 2ª edição da obra, de 1923, a teoria deu-se por acabada, após uma série de alterações e

abstrato²²⁹⁷, de cariz fixista e mecanicista; mas, pela sua sofisticação, muito mais dúctil e bem mais adequado à fenomenologia do processo judicial, se comparado às anteriores máximas da tradição romana e medieval. Não por outra razão, aliás, é esse o modelo que geralmente tem aplicação no processo do trabalho brasileiro, pela via do artigo 333 do CPC (v., *infra*, o tópico 29.2.1), embora a CLT não seja omissa (o que impediria a importação da regra processual civil, *ut* artigo 769), tendo regra própria — a do artigo 818, já referida — que, a rigor, *não se confunde* com aquela de inspiração rosenberg-chiovendiana²²⁹⁸. Não deixa de haver, já aqui, uma *inflexão* que o juiz do Trabalho ordinariamente realiza no devido processo legal formal (porque ao arrepio do artigo 769 da CLT), não raro de modo inconsciente, na busca de uma sistemática de repartição funcionalmente mais dúctil e materialmente mais justa.

Mas voltaremos a isso adiante. Por ora, interessa compreender melhor a teoria de ROSENBERG.

III. Foi por assumir que a problemática do ônus da prova a partir da consideração de que “a tarefa do juiz, em cada processo, consiste na aplicação do direito objetivo ao

acréscimos fundamentais para o modelo). Mas não sem diferenças. O *acento sintático* da teoria rosenberguiana (*infra*), p.ex., não se sente no pensamento de CHIOVENDA (*Principios...*, t. II, pp.268-277).

²²⁹⁷ Disse-o o próprio ROSENBERG: com a sua teoria, o problema da distribuição do ônus da prova transportava-se “*del modo de ver subjetivo que tiene en cuenta el proceso singular al dominio objetivo del derecho material, de la arena tumultuosa del litigio al éter puro del ordenamiento jurídico*” (g.n). Cf. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, 2ª ed., trad. Ernesto Krotoschin, Montevideo, Editorial B de F, 2002, p.142 (referente à 3ª edição alemã, de 1951).

²²⁹⁸ V., por todos, Manoel Antonio Texeira Filho, *Curso...*, v.II, p.974. *In verbis*: “Provavelmente em virtude da disposição didática do art. 333 do CPC [onde se incorporou a teoria de ROSENBERG], que ao intérprete trabalhista desavisado pode impressionar, erigiu-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, a praxe de adotar-se o mesmo critério estampado naquele dispositivo para resolver o problema relacionado à distribuição da carga da prova entre os litigantes, fazendo-se, inclusive, sempre que for o caso, expressa invocação da mencionada norma processual civil. [...] Sem pretendermos ser deselegantes, acreditamos, com sinceridade, que tal atitude do intérprete trabalhista revela um desses hábitos cuja quebra honraria mais do que a observância — nas palavras do imortal Shakespeare [...]. Justifiquemo-nos. A CLT, ao estatuir, no art. 818, que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete — a pretexto de que o art. 769 do mesmo texto, o permite — incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilar, em caráter supletivo, o critério consubstanciado no art. 333 e incs. Não seria equivocado asseverar-se, portanto, que tais incursões são irrefletidas, pois não se têm dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT. [...] Dir-se-á, provavelmente, que o conteúdo do art. 333 do CPC não colide com a expressão do art. 818 da CLT, porquanto, literalidade à parte, em essência um e outro dizem a mesma coisa, consagram idêntico critério. [...] A colisão, porém, do dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT, é frontal” (g.n.).

caso concreto”, e que “o direito objetivo, como ordenamento das relações exteriores recíprocas entre os homens, refere-se a acontecimentos exteriores cuja realização se imagina”²²⁹⁹ (logo, o estado hipotético da norma abstrata deve ser articulado com a realidade concreta de cada caso, i.e., com “os pressupostos [concretos] das normas de direito material”²³⁰⁰), que o titular de Munique LEO ROSENBERG propôs, na aurora do século XX, a sua **teoria das normas** (“*Normentheorie*”), com profundos reflexos no conhecimento universal acerca da repartição estática do ônus da prova.

Segundo ROSENBERG, toda norma de direito objetivo que engendra direitos subjetivos conta, em sua estrutura abstrata, com uma “*facti species*”, i.e., com um conjunto de pressupostos de fato do qual o ordenamento jurídico faz depender a realização da consequência jurídica pretendida. Cabe ao juiz, diante da pleora de fatos alegados e provados no processo, “*correlacionar com as normas de direito objetivo o setor da realidade*”, ou seja, verificar se os fatos alegados e provados correspondem àqueles pressupostos fáticos (= juízo de subsunção), e até que ponto o fazem. Aplicar um preceito jurídico ao caso concreto é, para ROSENBERG, exercer um *silogismo* em que o preceito normativo abstrato constitui a premissa maior e os fatos concretos comprovados como verídicos representam a premissa menor. Mas esse silogismo é mais complexo do que se imagina, porque tende a se atomizar: será composto por tantos *silogismos auxiliares* quantos forem as “características definidoras do estado de coisas” ditadas pelo preceito jurídico-abstrato. Assim, ilustrando com o §607 do *BGB* (mútuo) — na sua redação original —, o autor identifica ao menos *quatro* características que desafiam silogismos auxiliares para finalmente se concluir, na premissa menor, ter havido concretamente o empréstimo (e ser por isso devida, ante a premissa maior, certa consequência jurídica: a obrigação de devolver o equivalente)²³⁰¹.

Para o juiz haverá, então, o âmbito das *questões de direito* e o das *questões de fato*. No primeiro, deverá averiguar se as características abstratas do preceito jurídico esgrimido coincidem com os fatos que se afirmam como existentes (= “apreciação jurídica concreta”).

²²⁹⁹ Rosenberg, *La carga...*, p.15.

²³⁰⁰ *Idem*, p.18.

²³⁰¹ *Idem*, pp.20-22.

No segundo, deverá aferir se é verdadeiro o estado de coisas afirmado pelo autor e controvertido pelo réu. O resultado dessas duas operações traduzir-se-á em uma só e única premissa menor. Daí porque *o problema do ônus da prova reside unicamente na premissa menor do silogismo judicial*; e, ainda aqui, *somente naquilo que diga respeito à questão de fato* (i.e., ao exame da verdade dos fatos alegados e controvertidos)²³⁰².

IV. A teoria de repartição de ROSENBERG baseia-se, portanto, em como se entroncam fatos e normas no sistema jurídico. A norma ganha só ganha concreção, no mundo da vida, em contextos reais, ora pela assimilação espontânea das pessoas, ora pela mão do Estado-juiz (quando houver resistência à sua regulação natural). Nesta derradeira hipótese, é certo que nenhuma norma pode ser aplicada “*in concreto*”, no processo judicial, sem que o juiz se convença da verificação de todos os elementos de sua “*facti species*”. Daí cada parte suportar, como um seu ônus processual, a prova dos elementos da “*facti species*” (premissa menor) que acionam a consequência jurídica (premissa maior). Ou, na dicção de ROSENBERG, “*cada parte tem o ônus da prova com respeito às características definidoras da norma jurídica que lhe é favorável*”²³⁰³. No fundo, portanto, trata-se de uma *teoria do interesse*, como é a de CHIOVENDA (inspirada nos critérios de oportunidade e de igualdade e distributiva)²³⁰⁴.

Mas não é só. Enuncia-se um postulado geral de *integridade das características definidoras da norma*, de modo que a parte interessada deve demonstrar *integralmente* as características definidoras da norma que a favorece; e, por outro lado, não tem que provar *nada mais* que essas características. Isso não se relaciona com boa-fé processual ou com o problema da dificuldade de produção de certas provas, nem diz com a distinção entre cargas probatórias mais ou menos severas. Relaciona-se, simplesmente, com a condição básica jurídico-material: “*um preceito jurídico não pode ser aplicado sem que existam todas essas características*”. Assim, e.g., em uma ação de perdas e danos (por ato ilícito ou quebra de contrato), não basta provar os prejuízos; há que provar *todas* as características

²³⁰² *Idem*, pp.23 e 26. In verbis: “Las normas relativas a la carga de la prueba sólo están destinadas a resolver las dudas en el terreno de la cuestión de hecho, y sólo tienen capacidad para ello” (p.26).

²³⁰³ *Idem*, p.183.

²³⁰⁴ *Principios...*, t. II, pp.268-277.

que definem a hipótese de responsabilidade civil, a saber, a conduta, o nexo causal, o dano ou prejuízo e seu montante²³⁰⁵.

Se é certo que o juiz não deferiria as consequências jurídicas do direito objetivo sem se convencer da verificação de *todos* os seus pressupostos de fato (“*Tatbestand*”), resulta igualmente claro que, na incerteza, deverá decidir a questão contrariamente àquela parte que a norma objetivo-abstrata beneficiaria. Assim, é dever do juiz *recusar* a aplicação da norma se: **(a)** convencer-se da não verificação de algum pressuposto de fato; **(b)** não se convencer da verificação de algum pressuposto de fato. Daí a necessidade de se distinguir claramente as classes de normas jurídico-materiais que aproveitam a cada uma das partes: de um lado, as “normas de base” (“*Grundnormen*”), que são constitutivas do direito subjetivo; e, de outro, as “contranormas”, que podem ser excludentes, extintivas, impeditivas ou modificativas do direito subjetivo. Desse modo, a repartição do ônus da prova perde qualquer relação de dependência com a *posição das partes*, modulando-se de acordo com as pretensões materiais e suas circunstâncias, alegadas e provadas. No exemplo de MÚRIAS, quem afirma que celebrou certo contrato e pede o seu cumprimento deverá provar essa celebração (= fato constitutivo), se controvertida, quer seja autor (*e.g.*, numa ação de cumprimento), quer seja réu (*e.g.*, numa ação declaratória negativa)²³⁰⁶.

V. Diga-se, em acréscimo, que a identificação das normas de base e de suas respectivas contranormas vincular-se-ia, na teoria rosenberguiana, basicamente à **redação** dos textos de lei. Assim é que, se a relação entre as normas constitutivas e as impeditivas, *p.ex.*, reduz-se à relação entre *regra* e *exceção* (em sentido vernacular), é certo que, do ponto de vista sintático, “*entende-se que em um direito codificado a redação da lei deve fazer reconhecível o caráter da norma como norma (impeditiva) de exceção, frente à norma regular constitutiva*”. Nos textos legislativos, isso se visualiza com o emprego de elocuições como “*a menos que*”, “*exceto*”, “*com exclusão*”, “*esta disposição não se aplica*”, “*não se verifica*”, “*se limita*” etc., separando a norma de base da contranorma; ou, ainda, com períodos condicionais *negativos* do tipo “[...] *se não* [...]”, “[...] *não* [...]”

²³⁰⁵ Rosenberg, *La carga...*, pp.183-185.

²³⁰⁶ Pedro Ferreira Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, Lex, 2000, pp.42 e ss.

enquanto [...]”, “[...] *não [...]* *contanto que [...]*” etc.²³⁰⁷. De outra parte, se se trata de um período condicional *positivo* com as expressões “*se*”, “*enquanto*”, “*contanto que*” etc., trata-se de meros pressupostos auxiliares da própria norma de base, pertencendo o ônus da certeza dos pressupostos de fato — e, portanto, o ônus concreto da prova — àquele mesmo sujeito que quer fazer valer o seu efeito²³⁰⁸ (i.e., não há, no preceito, contranorma a indicar fato impeditivo²³⁰⁹). Por este método sintático, identificar-se-iam com relativa facilidade as normas de base (constitutivas de direitos) e as contranormas (impeditivas, extintivas ou modificativas de direitos) — muitas vezes ambas em um mesmo dispositivo — a partir da mais genuína fonte material: o próprio *legislador*²³¹⁰. No caso alemão, aliás, a exposição de motivos do *BGB* revelaria que os legisladores históricos teriam assumido uma cautela *consciente* na escolha da sintaxe adequada dos preceitos legais, tudo para sinalizar, ao intérprete da lei, quais as “*Tatbestände*” relevantes, delimitando mais claramente “o

²³⁰⁷ V., e.g., no *BGB*, os §§ 145 (“*Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat*”), 111, 3 (“*Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vertreter den anderen von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte*”) e 2050, 1 (“*Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, sind verpflichtet, dasjenige, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat*”), todos exemplos do próprio ROSENBERG, entre vários outros. No Código Civil brasileiro, respectivamente, cf. os artigos 274 (“*O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve*”), 606, par. único (“*Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública*”) e 22 (“*Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador*”), em correspondência próxima com as expressões alemãs negritadas no primeiro grupo.

²³⁰⁸ V., e.g., o §714 do *BGB* (“*Liquidatoren, welche die ihnen nach dem § 42 Abs. 2 und den §§ 50, 51 und 52 obliegenden Verpflichtungen verletzen oder vor der Befriedigung der Gläubiger Vermögen den Anfallberechtigten ausantworten, sind, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner*”). Em correspondência, no NCC, v. o artigo 5º, par. único, I (“*Cessar, para os menores, a incapacidade [...] pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos*”); ou ainda o artigo 508 (“*Se a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma o exercer, poderá o comprador intimar as outras para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral*”).

²³⁰⁹ Vale o mesmo para as normas *negativas*, com a diferença de que, nesse caso, haverá um “*não*” posposto ao período condicional introduzido pelas expressões “*se*”, “*enquanto*”, “*contanto*” etc. Ainda assim, tratar-se-á da norma de base, cujos pressupostos fáticos devem ser provados pelo sujeito interessado na realização de seus efeitos.

²³¹⁰ Rosenberg, *La carga...*, pp.154 e ss. Afinal, “*¿quién estará llamado, con más razón, a calificar las normas jurídicas como normas fundamentales y normas contrarias (normas regulares y normas de excepción) sino el legislador, sobre todo porque sólo de este modo se pone en evidencia el contenido de derecho material de los preceptos jurídicos?*” (p.155).

âmbito do dever de alegar e, mediatamente, também do dever de provar”²³¹¹. A sintaxe seria, dessarte, a pedra de toque da teoria rosenberguiana. E, não por outra razão, a “*Normentheorie*” de ROSENBERG já foi chamada, na Alemanha, de “*teoria da estrutura das frases*” (“*Satzbautheorie*”)²³¹².

Em “*Die Beweislast*”, ROSENBERG discrepou, como anotamos, entre as *normas constitutivas* (“*rechtsbegründende Normen*”), por um lado, e as *normas impeditivas*, *extintivas* e *excludentes*, de outro. Seus pressupostos de fato — i.e., suas “características definidoras” — correspondem ao que os textos legais hodiernos chamam, respectivamente, de *atos excludentes* (categoria não positivada no Brasil ou em Portugal), *atos constitutivos* (v., respectivamente, artigos 333, I, do CPC e 342º, I, do CC), *atos impeditivos* (artigos 333, II, do CPC e 342º, II, do CC) e *atos extintivos* (artigos 333, II, do CPC e 342º, II, do CC). Por outro lado, os *atos modificativos* (respectivamente, artigos 333, II, do CPC e 342º, II, do CC) — ou, dir-se-ia, as *normas modificativas* — não mereceram, do titular de Munique, a mesma atenção reservada à tríade anterior²³¹³.

E no que se diferenciam aquelas espécies contranormativas? ROSENBERG denominava “impeditivas” as contranormas que evitavam “*ab ovo*” o efeito da norma constitutiva (norma de base). Seriam, ao revés, “excludentes” (“*rechtshemmende Normen*”) — categoria que as legislações ocidentais em geral não assimilaram — aquelas cuja “*facti species*” houvesse de se realizar, ao menos em parte, ou *antes*, ou *durante* o preenchimento dos pressupostos de fato da norma constitutiva; logo, não impediriam desde logo o efeito da norma constitutiva, mas confeririam o direito potestativo de extinguir o direito criado.

²³¹¹ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin/Leipzig, J. Guttentag, 1888, v. I, p.382, *apud* Múrias, *Por uma distribuição...*, p.45 e nota n. 85.

²³¹² Cf. Franz Leonhard, *Die Beweislast*, 2. Aufl., Berlin, Franz Vahlen, 1926, pp.102 e ss. Ver também Múrias, *Por uma distribuição...*, p.45 e nota n. 84.

²³¹³ V., e.g., Rosenberg, *La carga...*, p.135: “Pues no hay precepto jurídico que tenga por consecuencia la existencia de um derecho; a lo sumo se presume la existencia de derechos [...]. **Los preceptos jurídicos sólo disponen el nacimiento, impedimento, destrucción o exclusión de derechos.** Se concluye la existencia de un derecho, de la existencia de las características definidoras de una norma constitutiva de derecho y de la no-existencia de las características de todas las normas impeditivas, destructivas y excluyentes” (g.n.). LEONHARD, por sua vez, negava a existência das “normas impeditivas de direitos”, reconhecendo apenas as constitutivas e as destrutivas (= extintivas) e originando a chamada “teoria das normas modificada” (*Die Beweislast*, pp.145 e ss). Essa polêmica foi, inclusive, objetivo de longas ilações de ROSENBERG, na tentativa de refutar a objeção (v. pp.160-174 de 2ª ed. em castelhano, aqui utilizada).

Seriam, enfim, “extintivas” as normas que levassem ao desaparecimento do direito criado, mas com a realização integral de sua “*fact species*” somente *após* a completa integração dos pressupostos de fato da norma constitutiva²³¹⁴.

Assim compreendidos os seus elementos, o que a teoria basicamente propõe é a repartição do “*onus probandi*” a partir da identificação das *pretensões dos sujeitos processuais*. Cada qual deve suportar o ônus da certeza²³¹⁵ relativo aos pressupostos de fato (“características definidoras”) da norma jurídica cujos efeitos quer ver produzidos (sejam constitutivos, impeditivos, excludentes ou extintivos); e, logo, será precisamente esse o ônus da sua prova. Eis, em resumo, a mecânica essencial da teoria rosenberguiana.

VI. Uma última observação. Porque o juiz sempre poderá aferir “*in abstracto*” qual a correta repartição do ônus da prova, em qualquer situação concreta ou hipotética, eis que em todo caso o fará à luz das normas de direito material aplicáveis ao caso (ou, ainda mais exatamente, à luz dos *preceitos jurídicos* — i.e., *textos* — de que aquelas normas dimanam), tem-se correntemente entendido que as regras de distribuição do “*onus probandi*” perfazem estritas **regras de julgamento**²³¹⁶: apenas ao tempo da sentença, e jamais antes dela, o juiz poderá lançar mão dos critérios de repartição, quanto à matéria não provada, para evitar o “*non liquet*”. No curso do procedimento, não haveria qualquer inflexão, *possível* ou *útil*, daquelas regras: antes ou depois do julgamento, e inclusive à vista da demanda hipotética (i.e., antes mesmo do protocolo da petição inicial), seria sempre

²³¹⁴ *Idem*, pp.130-142. As duas últimas são elucidativamente extremadas por MÚRIAS: as normas excludentes “*ostentam o traço inequívoco de darem origem a um direito potestativo, e as anteriores [extintivas] o de terem toda a sua previsão preenchida apenas depois de completa a das constitutivas, que, por sua vez, fundam uma pretensão*” (*Por uma distribuição...*, p.46). Debate-se, ademais, se haveria de fato “normas impeditivas” que não fossem meros pressupostos negativos das respectivas normas constitutivas (e, portanto, delas indissociáveis); supomos que sim — logo, o conceito é cientificamente útil —, assim como, aparentemente, MÚRIAS (*op.cit.*, pp.47-48).

²³¹⁵ Para a distinção entre “carga de certeza” (ou ônus de certeza) e “carga de prova” (ou ônus da prova) — ou, o que é o mesmo, entre ônus objetivo e ônus subjetivo da prova —, v. Rosenberg, *La carga...*, pp.27-61. Em sentido semelhante, no Brasil, COQUEIRO COSTA sustentou a dicotomia conceitual, ensinando que o *ônus subjetivo* resolve-se na indagação acerca de qual litigante suportará o risco da prova frustrada, enquanto o *ônus objetivo* remete à função do magistrado, no sentido de que, ao tempo da sentença, a ele interessará somente **o que** está demonstrado e não *quem* o demonstrou, à vista do princípio da aquisição processual da prova (e nesse sentido, quando não se convencer pelas provas, emitirá seu julgamento impondo um *ônus objetivo* a uma das partes). Cf. Carlos Coqueiro Costa, *Direito Judiciário do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p.290; e, no mesmo sentido, Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *op.cit.*, p.297.

²³¹⁶ Cf., por todos, Micheli, *L'onere della prova*, p.278.

possível identificar o ônus da cada parte, em face dos dispositivos legais envolvidos na litigância. O “ônus da prova concreto” (com respeito aos fatos concretamente controvertidos nos autos) reger-se-á, sempre, pelo “ônus da prova abstrato” (como decorrer da redação do preceito jurídico aplicável em tese àqueles fatos)²³¹⁷. Qualquer dúvida a respeito, e qualquer equívoco incidente, seriam afinal apenas dúvidas — ou equívocos — de *interpretação* da espécie normativa (se constitutiva, impeditiva, extintiva, excludente ou modificativa), nada mais que isso. E nada que se pudesse resolver, otimizar ou alterar durante a tramitação do processo.

Nessa mira, aliás, ROSENBERG objetara que

“[n]ão é correto [...] o ponto de vista muitas vezes sustentado segundo o qual **o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com a situação concreta do processo**, segundo o modo de serem apresentadas as afirmações pelas partes. [...] O modo de alegar das partes, sobretudo no sentido de saber se o autor apresentou desde o princípio todo o material litigioso e o réu, frente a isso, contentou-se com a simples negação, não tem importância para essa aplicação objetiva do direito. [...] A primeira e única condição de uma distribuição acertada do ônus da certeza e da prova é, portanto, a análise e a decomposição dos preceitos jurídicos e de suas características”²³¹⁸.

Estamos plenamente de acordo, no que toca à *questão linguística*: não poderá ser o *modo* como autor e réu encaminham suas pretensões, no plano da linguagem, o busfalis da repartição do “*onus probandi*”. Não obstante, cremos também que a *natureza jurídico-concreta das pretensões materiais*, pelo que representam para o ordenamento jurídico, podem sim determinar inflexões na repartição do ônus da prova, inclusive *no curso do procedimento* — e, logo, as regras de repartição passam a funcionar também como **regras de procedimento**, que devem ser oportuna e claramente comunicadas à parte incumbida (“*Informationspflicht*”), inclusive para a preservação adequada do contraditório e da ampla defesa²³¹⁹. Para tanto, é mister *contextualizar constitucionalmente* as pretensões materiais,

²³¹⁷ Rosenberg, *La carga...*, pp.193 e ss.

²³¹⁸ *Idem*, pp.142-143.

²³¹⁹ Cf., e.g., TJSP, AI n. 1086024-0-SP, 6ª Câmara, Des. ANTONIO CARLOS MARCATO, j. 18.03.1999, in *Boletim AASP* n. 2123/225-e, 06.09.1999. *In verbis*: “Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da

segundo *os fatos alegados* e o *direito em tese aplicável*. Algo além, portanto, da mera análise sintática dos preceitos normativos; e algo aquém — porque *vis-à-vis* com a concretude do caso — do “éter puro do ordenamento jurídico”²³²⁰. Voltaremos a isso (tópico 29.3).

29.2. INVERSÃO E DISPENSA DO ÔNUS DA PROVA. AS CONCESSÕES DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA ÀS NECESSIDADES ATUAIS DO PROCESSO

29.2.1. O CASO BRASILEIRO

I. No Brasil, o Código de Processo Civil de 1973 — tal como já havia feito o código de 1939 — *assimilou* a teoria rosenberg-chiovendiana de distribuição do ônus da prova, positivando duas regras estáticas de repartição:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

“I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

“II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

“Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

“I - recair sobre direito indisponível da parte;

“II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

No âmbito do CPC, portanto, a única possibilidade legal de inversão do ônus da prova é aquela da *pactuação* entre as partes, nos termos do parágrafo único do artigo 333; e, ainda assim, se a convenção incidir sobre direitos (*rectius*: pretensões materiais ou

prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão” (g.n.).

²³²⁰ V., *supra*, a nota n. 2297.

“direitos prováveis”) de caráter disponível²³²¹, e dentro de um critério de razoabilidade, que não comprometa a utilidade do processo para uma das partes. E, a par disso, há hipóteses específicas de inversão ou exclusão do “*onus probandi*” positivadas na legislação esparsa, a saber:

— a inversão do ônus da prova nas ações consumeristas, em favor do consumidor, e “*a critério do juiz*”, quando houver verossimilhança da alegação e/ou hipossuficiência do autor, “*segundo as regras ordinárias da experiência*” (permissão legal contida no artigo 6º, VIII, do CDC, já reportada *supra*)²³²²;

— a inversão do ônus da prova em matéria de publicidade, sendo certo que “[o] ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (artigo 38 do CDC), em caráter incondicional²³²³;

— a inversão do ônus da prova, em favor do devedor, nas ações relativas a estipulações usurárias e afins, ainda que não regidas pelo CDC, desde que haja verossimilhança da alegação (MP n. 2.172-32, de 23.08.2011²³²⁴);

²³²¹ V., e.g., a proibição do artigo 51, VI, do CDC.

²³²² Grassa, a propósito, debate doutrinário e jurisprudencial sobre a *natureza* da hipossuficiência que autorizaria a inversão condicional do artigo 6º, VIII, do CDC: se hipossuficiência *técnica*, se hipossuficiência *econômica* (como é a laboral), ou ainda se ambas. V., no primeiro sentido (hipossuficiência técnica), TJSP, AI n. 301006-4-7, 3ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. LUIZ ANTÔNIO DE GODOY, j. 18.11.2003; TJSP, AI 214037-4-9, 1ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, j. 25.09.2001.

²³²³ Quanto à incondicionalidade, cf., por todos, Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, pp.296-297. V. também TJSP, Apel. Cível n. 255461-2-6, 9ª Câmara. Cível, rel. Des. ALDO MAGALHÃES, j. 06.04.1995, in RT 716/182.

²³²⁴ A medida procurou conter os efeitos funestos das atividades usurárias e de agiotagem, declarando “*nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I - nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II - nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido*” (art. 1º), e alcançando ainda “*as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias*” (i.e., simulações maliciosas — art. 2º). E, em todos esses casos, dispõe que “[n] as ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas

— a inversão do ônus da prova, em favor do segurado, nas ações judiciais de aposentadoria (reforma), derivada da correspondente inversão do encargo probatório no plano administrativo (*ut* artigo 29-A, §1º, da Lei n. 8.213/1991²³²⁵, com a redação da Lei n. 10.403, de 08.01.2002)²³²⁶.

— a exclusão ou inversão do ônus da prova, nos processos que demandam prova pericial médica, em desfavor da parte recusante à perícia que pressupõe disponibilidade física (artigo 232 do NCC²³²⁷).

circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação” (art. 3º [g.n.]). A ementa da MP n. 2.172-32/2001, aliás, já diz a que veio, nos planos material e processual: “*Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração*” (g.n.).

²³²⁵ *In verbis*: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo”. O caput diz que “[o] INSS utilizará, para fins de cálculo do salário-de-benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre as remunerações dos segurados”.

²³²⁶ Com esse entendimento, cf., por todos, Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp.97-98. *In verbis*: “Antes, o contribuinte era obrigado a apresentar a carteira de trabalho para comprovar o tempo de serviço e a remuneração. Agora, é o INSS que deve fornecer as informações relativas ao tempo e ao valor da contribuição do segurado, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). [...] **É evidente que ocorrerá a inversão do onus probandi na esfera jurisdicional** havendo necessidade de propositura da ação, pelo contribuinte, visando ao recebimento do benefício previdenciário, uma vez que cabe ao INSS fornecer ao segurado todas as informações constantes do Cadastro Nacional das Informações Sociais, nos termos da mencionada lei” (g.n.). Como se trata de uma interpretação derivada da inversão administrativa, esta hipótese é obviamente mais polêmica. Assim, em sentido contrário, v. Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, p.310: “Não se trata, efetivamente, de uma regra de inversão do ônus da prova. Isto porque, em primeiro lugar, sua aplicação limita-se ao procedimento administrativo voltado para o recebimento do salário-de-benefício [*rectius*: do benefício]. Em segundo lugar, não se inverte um ônus de provar ao se estabelecer um dever legal de prestação de informações, no caso, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais”. Mas a seguir concede: “A não apresentação dessas informações pelo INSS, porém, pode ser utilizada como elemento de convicção do julgador ao apreciar uma demanda voltada para o recebimento do benefício previdenciário”. De nossa parte, acompanhamos SÁ DOS SANTOS: se o único objeto da prova, nos pedidos simples de aposentadoria, é o tempo de serviço ou contribuição e o elenco histórico das contribuições — todas informações disponíveis no CNIS —, e se o INSS é legalmente obrigado a apresentá-los no procedimento administrativo (não se exigindo, naquele âmbito, qualquer atividade probatória anterior do segurado), não é lógico que, na demanda judicial, essa vantagem seja perdida. O ônus da prova resta aprioristicamente invertido, até mesmo em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Se, todavia, a prova documental carreada pela autarquia infirmar a pretensão inicial, caberá ao autor a contraprova, seja ela documental (v., no plano administrativo, o artigo 29-A, §2º, da Lei n. 8.213/1991), seja mesmo oral (v. artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991). V. ainda, *supra*, o tópico 27.3.1, n. III (quanto à interpretação conforme do artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991).

²³²⁷ *In verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. V. a respeito G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, *passim*.

De resto, à diferença de Portugal (artigo 344º do CC — v., *supra*, a nota n. 1482), não há, no panorama legal brasileiro, previsões legais que padronizem, com alguma generalidade, as hipóteses de inversão, exclusão ou modulação dessas regras.

Nada obstante, tanto a jurisprudência cível como sobretudo a trabalhistas são ricas em casuísticas de inversão ou mesmo de exclusão do ônus da prova, ora “*secundum legem*”, ora mesmo em caráter “*praeter legem*” ou “*contra legem*”, pelos mais variegados motivos. E é precisamente essa variedade que tende a gerar perplexidades. Como dizíamos há pouco, o gênio pretoriano tem produzido autênticas **inflexões formais**, algumas à margem de permissivo legal expresso, e que pouco ou mal se explicam em perspectiva sistemática. Noutras ocasiões, os tribunais cingem-se a consolidar posições que aparentemente não são mais que a aplicação pura e simples das regras rosenberguianas plasmadas no CPC (e, logo, editam-se verbetes declarativos ou até redundantes). Vejamos a seguir.

II. Na jurisprudência cível, admitiram-se as seguintes inflexões (em geral derivadas das permissões dos artigos 6º, VIII, e 38 do CDC, inclusive para profissionais liberais²³²⁸ — nesses casos, dir-se-ão inflexões *legais-formais*):

- a inversão do ônus da prova em ações ordinárias de pagamento de débito bancário, movidas por correntista em face do banco (STJ, REsp n. 471624, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 25.08.2003);

- a inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro médico ou de atividade profissional liberal em geral (STJ, REsp n. 492318, rel. Min. ALDIR PASSARINHO Jr., j. 08.03.2004; STJ, REsp. n. 81101/PR (95/0063170-9), rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, 3ª T., j. 13.04.1999²³²⁹; TJRJ, Proc. n. 2002.002.21102, 13ª

²³²⁸ Hipótese em que, todavia, exige-se o reconhecimento da culpa do profissional (artigo 14, §5º, do CDC), ainda que sob regime de inversão do ônus da prova. Trata-se, ali, de exceção à regra da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12 a 25 do CDC). Cf. Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, p.300.

²³²⁹ Reproduza-se, pelo interesse do “*thema probandum*”, a ementa do julgado: “**CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE**

Câm. Cível, rel. ELISABETE FELIZZOLA, j. 28.05.2003; TAMG, AI n. 0293929-3, 3ª Câm. Cível, rel. EDILSON FERNANDES, j. 10.11.1999; TAPR, Apel. Cível n. 0156986-6 (10574), 6ª Câm., rel. ANNY MARY KUSS, in DJPR 15.09.2000);

- a inversão do ônus da prova em ações civis públicas ou coletivas movidas em face de fabricantes de cigarros, pleiteando indenizações por danos à existência, à vida e/ou à saúde (TJSP, AI n. 025497-4, 4ª Câm. Direito Público, rel. Des. AGUIAR CORTEZ, j. 19.09.1996; TJSP, AI n. 14305-5-8, 4ª Câm. Direito Público, rel. Des. JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO, j. 05.09.1996);

- a inversão do ônus da prova em ações relativas a serviços de telefonia, quanto ao efetivo uso de determinados serviços opcionais (Juizado Especial do Rio de Janeiro, Rec. n. 834-6/1997, 8ª T. Recursal, rel. JESSÉ TORRES PEREIRA JR., JE-RJ 6/1998²³³⁰);

- a inversão do ônus da prova em ação pauliana, para se presumir, sob certas circunstâncias indiciárias, a insolvência do réu a que se imputa a fraude contra credores (TJSP, Apel. Cível n. 119328-4, rel. Des. SANTI RIBEIRO, j. 16.05.2001);

- a inversão do ônus da prova em ações civis públicas concernentes à recomposição de danos ao meio ambiente (TJSP, Apel. Cível n. 54641-5, 1ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. LUIZ GANZERLA, j. 30.11.1999);

CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido” (g.n.).

²³³⁰ In verbis (também pelo especial interesse): “Inversão do ônus da prova. Serviço de telefonia móvel celular. **Cobrança que inclui a tarifa de ligações internacionais do tipo tele-sexo, que a usuária nega haver efetuado.** A previsibilidade de erro ou ilicitude nessas ligações e a complexidade da investigação técnica para apurá-los, afirmada pela concessionária, de um lado, e a verossimilhança do articulado pela usuária quanto ao manejo exclusivo da linha, de outro, conduzem à prevalência do direito do consumidor à inversão do ônus da prova (CDC 6.º VIII). **Se a concessionária, nessas circunstâncias, demite-se do encargo probatório, responde pelo valor das ligações não comprovadas, cuja [in]existência deve gozar de presunção relativa, cabendo a prova desconstitutiva à concessionária. Sentença condenatória da TELERJ que se mantém, recusada a litigância de má-fé” (g.n.).**

- a inversão do ônus da prova em ações de impugnação de autuações administrativas por infração viária, quanto à matéria de fato que pode ser objeto de prova pronta e apta pela autoridade de trânsito (TJSP, Apel. Cível n. 56576-5, 3ª Câ. Direito Privado, rel. Des. RUY STOCO, j. 23.02.1999²³³¹);

- a exclusão do ônus da prova do prejuízo em ações de indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais (Súmula n. 403 do STJ).

III. Na jurisprudência laboral, por seu turno, há larga jurisprudência sumulada sobre repartição do ônus da prova, ora meramente declaratória do modelo legislativo em vigor, ora efetivamente inovadora (= inflexões *pretorianas*). “*Ad exemplum*”:

- a Súmula n. 6, VIII, do TST dispõe, sobre equiparação salarial, que “[é] *do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial*” (o que é apenas reproduzir, “*in litteris*”, o dispositivo do artigo 333, II, do CPC, já que o empregador será o réu; melhor faria o enunciado se esclarecesse, p.ex., o que se considera como fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação: e.g., a diversa perfeição técnica ou a diversa produtividade entre paradigma e paragonado, ou ainda o tempo de serviço na função superior a dois anos, todos os fatos impeditivos à luz do artigo 461, *caput* e §1º, da CLT);

- a Súmula n. 12 do TST dispõe que “[a]s *anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção ‘juris et de jure’, mas apenas ‘juris tantum’*” (outra vez sem grande novidade, a não ser por assegurar ao empregado o direito processual à contraprova, reputando em princípio satisfeito, pela prova preconstituída em CTPS, o “*onus probandi*” do empregador em torno da matéria);

²³³¹ *In verbis*: “Prova – Alegação da impetrante de não ter sido notificada pela autoridade de trânsito – Prova negativa impossível de ser produzida [pelo autor] – Hipótese de inversão do ônus da prova, como exceção do art. 333 do CPC”.

- A Súmula n. 385 (ex-O.J. SDI-1/TST n. 161) diz que “[c]abe à parte comprovar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local ou de dia útil em que não haja expediente forense, que justifique a prorrogação do prazo recursal” (ainda uma vez mera aplicação do artigo 818 da CLT, combinado com o artigo 337 do CPC para a prova de direito local);

- A O.J. SDI-1/TST n. 215 dispunha que “[é] do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”, i.e., a sua necessidade e a manifestação de vontade perante o empregador (no que, mais uma vez, apenas aplicava a lógica do “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*”; no entanto, essa orientação foi cancelada pela Resolução n. 175, de 24.05.2011, o que leva a supor que a jurisprudência do TST poderá vir a *infi*letir o ônus da prova, em favor do empregado, também nessa hipótese);

- a Súmula n. 212 do TST estabelece que “[o] ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado” (agora se inverte o ônus da prova, a partir de uma presunção “*hominis*” derivada do princípio da continuidade da relação de emprego: embora seja alegação do empregado a data e o modo de terminação da relação de emprego, cumprirá ao empregador provar eventual data ou modo mais favorável aos seus interesses, resolvendo-se as dúvidas em seu detrimento — e *infi*letindo-se, portanto, a regra do artigo 818 da CLT, na direção do que fez a legislação portuguesa, *ut* artigos 435º, 1 e 3, do CT);

- A O.J. SDI-1/TST n. 233 pontifica que “[a] decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período” (no que *modula* o ônus da prova, *infi*letindo parcialmente a regra do artigo 818 da CLT: comprovadas as sobrejornadas em certo período, o juiz poderá, também por “*praesumptio hominis*”, considerar que as mesmas sobrejornadas eram praticadas em

outros períodos, não abrangidos pela prova — o que significa, na prática, *inverter o ônus da prova* dos excessos nos períodos não provados);

- A O.J. SDI-1/TST n. 301 dispunha que, “[d]efinido pelo reclamante o período no qual não houve depósito de FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor” (no que aplicava, a rigor, o princípio da melhor aptidão para a prova — já que a guarda das guias é temporariamente obrigatória para o empregador, *ut* artigos 2º e 3º da IN SIT/MTE n. 84/2010 —, mas buscava travesti-lo de legalidade formal com a remissão ao artigo 818 da CLT, “interpretando” o dispositivo para reconhecer uma “alegação de inexistência de diferenças”; nada obstante, também essa orientação foi *cancelada* pela Resolução n. 175/2011, o que insinua refluxo jurisprudencial, agora num sentido menos tuitivo);

- a Súmula n. 338 do TST, enfim, consubstancia atualmente o mais bem acabado exemplo de inflexão do ônus da prova no universo processual trabalhista, em matéria de duração do trabalho, redistribuindo a carga probatória conforme a aptidão para a prova (embora, na literalidade do artigo 818 da CLT, a alegação de jornada extraordinária seja sempre do empregado); nesse encalço, dispõe (v., *supra*, nota n. 43):

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele

não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)²³³².

Para mais disso, a jurisprudência do TST e dos tribunais regionais ainda tem reconhecido inversões do ônus da prova nos seguintes casos (não sumulados): dispensa de empregado portador de vírus HIV (presumindo-se, à falta de prova bastante das razões objetivas da dispensa, o despedimento discriminatório²³³³, com os efeitos da Lei n. 9029/1995²³³⁴); assédio moral e sexual (admitindo-se, à falta de prova da normalidade da conduta, que o abuso foi perpetrado, mesmo à falta de testemunhas oculares²³³⁵); e em outras situações menos emblemáticas.

²³³² O artigo 74, §2º, da CLT estatui que “[p]ara os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”. Logo, por dever legal, o empregador com mais de dez empregados está obrigado a manter controles de ponto, o que o torna muito mais apto para produzir essa prova em juízo. “A contrario”, manter esse ônus com o empregado, por obediência cega à letra do artigo 818 da CLT, significaria “premiar” o empregador desidioso com suas responsabilidades administrativas: desatendendo ao comando do artigo 74, §2º, da CLT, não geraria prova preconstituída; e, por seu ilícito (sancionado com multa, *ut* artigo 75 da CLT), teria em juízo a vantagem de que a prova da jornada alegada caberia, de regra, ao trabalhador-reclamante. Nada mais ignominioso.

²³³³ V., *e.g.*, TST, AIRR n. 8925-84.2010.5.01.0000, 8ª T., rel. Min. MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, j. 03.08.2011, in DEJT 05.08.2011. *In verbis*: “**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** Nega-se provimento ao Agravo de Instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se nega provimento” (g.n.). Ou, ainda, TST, RR n. 124400-43.2004.5.02.0074, 1ª T., rel. Des. JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, j. 25.04.2012, in DEJT 11.05.2012. *In verbis*: “**RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA IMOTIVADA - PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO.** A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido” (g.n.). Mais recentemente, após a Segunda Semana do Tribunal Superior do Trabalho (10 a 14.09.2012), editou-se a Súmula n. 443, pela qual “[p]resume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego” (*ut* Resolução n. 185/2012). Vale lembrar que, na estreita visão do artigo 818 da CLT, nada disso seria possível.

²³³⁴ A Lei n. 9029, de 13.04.1995, “[p]roíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”.

²³³⁵ V. *e.g.*, TRT 3ª Reg., RO n. 01302-2010-129-03-00-9-RO, 2ª T., rel. Des. SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, j. 05.07.2011, in DEJT 12.07.2011. *In verbis*: “**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO SEXUAL – CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS – CARACTERIZAÇÃO.** Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou

IV. O leitor observará que, em quase todos os casos, as inversões ou exclusões ora se dão em processos que discutem, nalguma dimensão, *direitos humanos fundamentais* em tese afetados pela conduta da parte finalmente onerada com o encargo da prova (como o direito à vida, à saúde, à imagem ou ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a par dos direitos sociais fundamentais), ora em processos nos quais se reconheceu que uma das partes detinha instrumentalmente a *melhor aptidão para a prova* (e.g., quanto à prova da notificação da autuação de trânsito — em relação jurídica de tipo subordinativo que nada tem com o CDC — e quanto à própria prova da jornada na Súmula n. 338 do TST). Essa constatação já nos dá indícios do que virá no tópico 29.3, quando

seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o consequente deferimento do pleito indenizatório". No corpo do voto (que inclusive honra este Autor com uma referência): "Com relação ao ônus da prova, o dispositivo legal atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC). Contudo, com relação ao direito processual do trabalho e **especialmente no caso do assédio sexual, o encargo probatório da vítima vem recebendo flexibilizações necessárias**.[...] Nas palavras do D. Juiz do Trabalho da 15ª Região, Guilherme Guimarães Feliciano, **o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos como são a tecnologia das constelações de indícios, a prova por verossimilhança, aplicação do princípio da instrumentalidade e o contexto jusfundamental no qual se leva em consideração os direitos fundamentais que estão em jogo no processo**. [...] Nesse mesmo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tem admitido "o recurso à prova indireta, ou seja, a prova por indícios, presunções ou 'prima facie', fundada esta última na probabilidade, invertendo-se, assim, o ônus da prova (...) uma presunção permitirá a **inversão do ônus da prova** quando houver prova de recusa mais ou menos expressa tendente a demonstrar que o autor da conduta deveria saber que esta não era desejada e constituía assédio." O mesmo autor sustenta que a prova de efeitos prejudiciais (denegação de emprego ou promoção, despedida ou demissão forçada), em consequência da recusa aos avanços sexuais, constituirá uma prova prima facie de assédio. [...] A jurisprudência pátria também tem e manifestado no sentido de ser possível a comprovação da conduta criminosa do assédio sexual através de indícios: "Não se pode olvidar que **a prova desta espécie de ilícito trabalhista (assédio sexual) é extremamente difícil**. Normalmente o assédio é camuflado, silencioso, praticado às escondidas, por isso **as regras de presunção devem ser admitidas e os indícios terem sua importância potencializada**, sob pena de se permitir que o assediador se beneficie de sua conduta." (TST. 6ª Turma. AIRR n. 49740-47.2005.5.15.0053, Rel.: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DJ 3 jun. 2011). "[...] A exigência de prova robusta de uma conduta que normalmente é realizada às escondidas dificulta ou praticamente inviabiliza a condenação da ilicitude. Da mesma forma que não é possível obter prova documental do pagamento feito por fora, também não se pode exigir prova cabal do assédio realizado na intimidade das astúcias do assediador. Diante disso, **deve-se conjugar a série de indícios que consta dos autos para verificar se é possível concluir pela caracterização do assédio mencionado**" (g.n.). No mesmo tribunal, e com mesma orientação, v. ainda *Suplemento LTr* 39/2006, pp.308-309 (rel. Juiz Convocado JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JR.). Ademais disso, atestando a eficácia normogenética das mesmas normas-princípios que têm determinado a inversão do "*onus probandi*" no âmbito judiciário, já tramita pela Câmara dos Deputados o PL n. 2369/2003 (Deputado VICENTINHO), sobre o assédio moral nas relações de trabalho, cujo artigo 7º — acrescido pela Emenda Aditiva n. 02 — disporá que "[o] juiz **pode determinar a inversão do ônus da prova, caso seja verossímil a alegação de assédio moral**" (g.n.). Aprovado o projeto, a inflexão deixará de ser pretoriana para ter base legal-formal; nada obstante, a sua "*ratio essendi*" seguirá sendo a mesma que hoje determina as inversões. Em sentido diverso, por outro lado, v. TRT 9ª Reg., RO n. 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, 1ª T., rel. Des. UBIRAJARA CARLOS MENDES, in DJPR 23.11.2007; TRT 3ª Reg., RO n. 0001235-68.2011.5.03.0014, 2ª T., rel. Des. JALES VALADÃO CARDOSO, in DEJT 02.02.2012; e, com eles, a jurisprudência ainda dominante.

buscaremos formular uma *justificação constitucional de fundo* para todas as inflexões aqui comentadas (ou, ao menos, a maior parte delas).

Por ora, todavia, basta ver que essa imensa variabilidade não se explica, absolutamente, por interpretações mais ou menos elásticas dos preceitos jurídicos definidores de regras de repartição do “*onus probandi*”. Há, sim, inflexões formais. E, para assim demonstrar, recorramos mais uma vez ao processo laboral e ao contraponto com TEIXEIRA FILHO. Comentando o artigo 818 da CLT, o jurista paranaense obtempera que

“a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto tem se empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vem procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária”²³³⁶.

Com efeito, em relação às inversões de carga probatória quanto a jornadas extraordinárias, p.ex., vimos há pouco o entendimento do autor: se o empresário contesta o pedido de horas extras, atrairia para si o ônus da prova, por força do artigo 818, já que estaria a alegar a normalidade da jornada — o que, diga-se, vai além da hipótese da Súmula n. 338 do TST, que só admite tal inversão quando pende sobre o empregador a obrigação de documentar, *ut* artigo 74, §2º, da CLT. Da mesma forma, TEIXEIRA FILHO advoga que, se o autor pede verbas rescisórias alegando ter sido demitido sem justa causa, e se o réu apenas alega não o ter dispensado, a prova da demissão injusta seria do trabalhador, à luz do artigo 333, I, do CPC, por ser esse o fato constitutivo do seu direito às rescisórias; já à luz do artigo 818 da CLT, o “*onus probandi*” seria do réu, por ter alegado o fato negativo (de que “não despediu”).

Há nesse raciocínio, com todas as vênias, dois enganos.

²³³⁶ Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v. II, p.976.

Primeiramente, há um equívoco quanto à correta interpretação das regras de repartição estática do artigo 333 do CPC. Nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, em que opera mais fortemente o princípio da continuidade da relação de emprego (veja-se a Súmula n. 212 do TST), o fato constitutivo do direito às verbas rescisórias é a mera *dispensa*, que sempre se presume injustificada. Não é, portanto, a “dispensa imotivada”; a adjetivação não compete à esfera de encargos probatórios do trabalhador. Basta examinar a CLT para assim concluir, em inteira harmonia com a “*Satzbautheorie*” de ROSENBERG. Pela sintaxe do artigo 477, *caput*, da CLT²³³⁷, duas locuções *condicionam negativamente* a oração principal (que diz do “*direito de haver do empregador uma indenização*”): a expressão “*não existindo*” (prazo preestabelecido para a terminação do contrato) e a expressão “*quando não haja*” (justa causa do empregado). A “*Grundnorm*”, portanto, está no preceito segundo o qual “[é] *assegurado a todo empregado o direito de haver do empregador [na rescisão] uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha recebido na mesma empresa*”; e sua característica definidora, à vista do título do próprio capítulo²³³⁸, é o fato “rescisão” (= cessação das relações de trabalho). Mas o mesmo dispositivo abriga as respectivas *contranormas*, a saber, a predeterminação da vigência contratual (que afasta, *e.g.*, o direito ao aviso prévio indenizado) e a motivação obreira para a cessação do contrato (por demissão ou justa causa do empregado, reduzindo sensivelmente os direitos rescisórios). Assim, pelo modelo rosenberguiano, admitindo-se não haver controvérsia sobre a cessação do trabalho (como não há, no exemplo de TEIXEIRA FILHO), *o ônus da prova será do reclamado (empregador)*, seja quanto à natureza do contrato de trabalho (prazo determinado), seja quando à motivação obreira para a cessação (demissão — observando-se a formalidade do

²³³⁷ *In verbis*: “É assegurado ao empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”. O artigo 477 da CLT ainda norteia toda a indenização rescisória nas dispensas sem justa causa, embora a sua figura principal — a indenização por tempo de serviço do artigo 478 da CLT (outrora equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses) — esteja hoje substituída pela indenização do artigo 18, §1º, da Lei n. 8.036/1990 (equivalente a quarenta por cento dos depósitos corrigidos do FGTS, tal como devidos da admissão à dispensa), com arrimo no artigo 10, I, do ADCT. Assim é que, *p.ex.*, o décimo terceiro e as férias proporcionais seguem sendo calculadas de acordo com a “*maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa*”, o que inclui a integração de horas extraordinárias e de outros títulos salariais habituais.

²³³⁸ Cap. V do Título IV da CLT: “*Da Rescisão*”.

artigo 477, §1º, se havia mais de um ano de casa²³³⁹ — ou justa causa do empregado), caso oponha esses fatos à pretensão autoral. Precisamente como se orienta atualmente a pacífica jurisprudência trabalhista, sem necessidade de qualquer inflexão formal.

Por outro lado, levada às suas máximas consequências, a proposta de TEIXEIRA FILHO conduz ao absurdo (“*reductio ad absurdum*”): se o artigo 818 da CLT deve ser interpretado de modo que todas as alegações de fato da defesa — digam ou não com as “características definidoras” das contranormas (ROSENBERG), vazem ou não fato negativo — atraíam o encargo da prova, e se essa regra não admite inflexões, então não teríamos encontrado uma “alternativa hermenêutica” ao princípio da inversão do ônus da prova (ou, dir-se-ia mais corretamente, princípio da *repartição dinâmica* do ônus da prova), mas uma solução de quase absoluta isenção processual do trabalhador (ou, pior, do *autor*, que em vários casos poderá ser o empregador²³⁴⁰): alegasse o que bem desejasse, o ônus da prova seria sempre do réu, desde que simplesmente *negasse* o fato (porque, como advertiu CHIOVENDA — *supra* —, toda negação é a alegação de um fato diverso, e vice-versa). Na prática, somente o réu provaria, o que é insustentável.

Por fim, parece muito claro que toda a elaborada argumentação é construída em torno uma preocupação meritória e louvável: evitar que a utilização do regramento estático do CPC conduza a armadilhas probatórias que mortifiquem as pretensões materiais dos trabalhadores no processo laboral. Mas essa preocupação com a especificidade “ontológica e finalística” do processo laboral (na expressão do autor) não é outra coisa senão admitir a necessidade de inflexões concretas na repartição estática da lei (que, a rigor, é tão estática no CPC como o é na CLT). Tanto é assim que, logo adiante, o próprio TEIXEIRA FILHO pondera:

“A propósito, **muito mais coerente e harmoniosa com os princípios do processo do trabalho seria a adoção**

²³³⁹ *In verbis*: “**O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1(um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho**” (g.n.). Trata-se, para parte da doutrina, de formalidade “*ad solemnitatem*”, que condiciona a própria validade da rescisão por iniciativa do empregado com mais de um ano de casa.

²³⁴⁰ *E.g.*, inquéritos judiciais para apuração de falta grave (em face de empregados estáveis), ações de consignação em pagamento, ações meramente declaratórias (ou de simples apreciação), ações possessórias, reconvenções etc.

subsidiária do inciso VIII, do art. 6º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) [...]. [...] Como se nota, o Código de Defesa do Consumidor, numa atitude vanguardeira, sob a perspectiva legislativa, autorizou o juiz a inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, em duas situações específicas, a saber: a) quando forem verossímeis as suas alegações; b) quando este for hipossuficiente, ou seja, economicamente debilitado. Pois bem. Conquanto entendamos que o art. 818, da CLT, seja autossuficiente, em matéria de *onus probandi*, **nada obsta a que se utilize, em caráter supletivo, a regra inscrita no inciso VIII, do art. 6º, do CDC, máxime, nos casos em que o trabalhador for, verdadeiramente, hipossuficiente**”²³⁴¹.

Ora, se a legislação processual trabalhista só admite a invocação das normas de processo civil (comum ou especial) quando houver *omissão* da CLT, e se o próprio autor reconhece não ser o texto celetário omissor nessa matéria (“*ex vi*” do multicitado artigo 818), o que justificaria que o intérprete não pudesse buscar amparo na legislação processual civil comum (artigo 333 do CPC), mas estivesse livre para abeberar-se na legislação processual civil especial (artigo 6º, VIII, do CDC)? Do ponto de vista do direito positivo, absolutamente nada. O que TEIXEIRA FILHO propõe, afinal, é uma *inflexão* do devido processo formal-legal (que, pela literalidade do artigo 769 da CLT, não consentiria com qualquer regra de repartição do ônus da prova diversa da que se contivesse no artigo 818). Mas uma inflexão animada, na sua “escolha” — e se há escolhas, não há neutralidade técnica —, pela maior identidade do ônus dinâmico condicionado da Lei n. 8.078/1990 com as características inerentes ao processo laboral e o direito material a ele subjacente. Uma escolha animada, mais, pela dignidade diferenciada das pretensões materiais geralmente vazadas no processo do trabalho (direitos individuais e sociais fundamentais), que se agrava pela debilidade econômica presuntiva de uma das partes (reflexível em sede processual). Ou, em suma: uma escolha animada por *conexões de jusfundamentalidade*.

²³⁴¹ Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v.II, pp.977-978 (g.n.). De se recordar, a propósito, que, ao contrário do que pode sugerir o excerto, a “hipossuficiência” objeto do artigo 6º, VIII, do CDC não é exatamente, para boa parte da jurisprudência nacional, a hipossuficiência *econômica* que decorre do artigo 3º, *caput*, da CLT, mas sim uma hipossuficiência de ordem *técnica* (v., *supra*, nota n. 2322).

29.2.2. O CASO PORTUGUÊS

I. No sistema legal português, uma vez incorporadas as balizas do modelo rosenberguiano (artigo 342º do CC), o legislador elencou três “casos especiais” de ônus da prova (artigo 343º) e, a seguir, quadro padrões gerais para a inversão do ônus da prova (artigo 344º). E para mais, se restarem dúvidas, o CPC ainda positivou que “[a] *dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita*” (artigo 516º: “*Princípio a observar em caso de dúvida*”). Além disso, como no Brasil, há inúmeros casos de inversões do “*onus probandi*” em legislação civil portuguesa extravagante.

Na dicção do artigo 344º do CC, *inverte-se o ónus da prova* (i.e., *invertem-se* as regras dos artigos 342º e 343º) nas seguintes situações:

— quando houver *presunção legal* em favor da parte a quem aprioristicamente incumbiria o ônus da prova (entendendo-se como presunções “*as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*”²³⁴², podendo ser *ilidíveis* ou “*iuris tantum*” — como é a regra²³⁴³, a engendrar a inversão do ônus — ou ainda *inelidíveis* ou “*iuris et de iure*” — caso em que não há inversão, mas *exclusão* do ônus da prova, considerando-se imediatamente provado o fato presumido); assim, p.ex., há *presunção legal de culpa* no artigo 799º do CC²³⁴⁴, como há *presunção legal de culpa e de nexo de causalidade* nos artigos 491º, 492º e 493º, 1, do CC²³⁴⁵, e *presunção de paternidade* no artigo 1871º, 1, do CC²³⁴⁶;

²³⁴² Artigo 349º do CC.

²³⁴³ Artigo 350º, 2, do CC: “*As presunções podem [...] ser elididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir*”.

²³⁴⁴ Presunção de culpa do devedor quanto à falta de cumprimento ou ao cumprimento defeituoso de sua obrigação.

²³⁴⁵ Responsabilidade civil por atos de terceiros sob vigilância, pelos danos causados por edifícios ou outras obras e pelos danos causados por coisas, animais ou atividades perigosas. Nesse sentido (de que os preceitos fazem presumir culpa e nexo causal), v. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no Direito Civil português*, Lisboa, Lex, 2001, p.36.

²³⁴⁶ De particular relevância, a propósito, a alínea “e” do artigo 1871º, 1, introduzida pelo DL n. 21/1998. Como bem pondera FREITAS RANGEL, tal modificação legislativa engendrou, em sede de investigação de paternidade, uma *inversão do “onus probandi”* como antes não havia. Anteriormente à alteração legislativa, o Assento do STJ de 21.06.1983 exigia que o autor tanto fizesse a prova das relações sexuais de sua mãe

— quando houver *dispensa* ou *liberação* do ônus da prova, i.e., quando a lei admitir à partida um fato como certo, impondo à contraparte o ônus de provar o contrário²³⁴⁷ (v., e.g., o artigo 779º do CC²³⁴⁸);

— quando houver *convenção válida* de repartição do ônus da prova, por meio dos chamados “contratos probatórios”²³⁴⁹, mas com as mesmas limitações do CPC brasileiro (artigo 333, par. único) — não podem incidir sobre direitos indisponíveis, nem podem tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício das pretensões materiais — e mais algumas (não podem excluir meios legais de prova, nem admitir meios de prova diversos dos legais, *ut* artigo 345º, 1 e 2, do CC);

— quanto a parte contrária houver *culposamente tornado impossível a prova* àquele precipuamente onerado (= *inversão-sanção*), sem prejuízo das sanções que a lei processual

naquele período (o que se mantém, como fato-base da presunção legal), como ainda a prova da *exclusividade* dessas relações (o que, a rigor, era exigir-lhe a prova de um fato negativo: o de que, no período em questão, a genitora não teria se relacionado sexualmente com *nenhum* outro homem). Após a novel alínea “e”, passou a ser ônus *do investigado* a prova da não exclusividade, cabendo-lhe arguir a “*exceptio plurium*” no momento oportuno e então provar a pluralidade de parceiros sexuais da mãe no período legal de concepção; de outro modo, não pode vencer a presunção de paternidade. Cf., por todos, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, Coimbra, Almedina, 2000, pp.187-189.

²³⁴⁷ A doutrina observa que, “*frequentemente, [...] por detrás de situações que aparentemente constituiriam liberações do ônus da prova, escondem-se verdadeiras presunções*” (Lynce de Faria, *op.cit.*, p.40). Tal seria o caso, p.ex., do artigo 1260º, 2, do CC, ao estabelecer que a posse titulada *presume-se* de boa-fé. A diferença entre uma figura e outra está em que, nas presunções, o beneficiário deve provar a *base da presunção* (i.e., o fato conhecido que permite presumir um fato desconhecido); já nas dispensas e liberações, nenhuma atividade probatória incumbirá ao beneficiário, conquanto o “*ex adverso*” possa fazer a prova contrária. Todas essas figuras discrepam, enfim, do que temos chamado de **exclusão** do ônus da prova, para designar situações similares à dispensa ou liberação do ônus da prova, mas que *não admitem prova em contrário* (e, logo, não invertem coisa alguma, mas desde logo impõem a admissão processual de um fato).

²³⁴⁸ *In verbis*: “O prazo tem-se por estabelecido a favor do devedor, quando se não mostre que o foi a favor do credor, ou do devedor e do credor conjuntamente”. Admite-se a prova contrária (“demonstração”); mas, se não feita, admite-se que o prazo da prestação foi estabelecido a favor do *devedor* (que, para fruir essa vantagem, não precisa provar coisa alguma).

²³⁴⁹ Contratos probatórios são estipulações relativas às provas que autorizam ou interditam certos meios de prova (incluídas as presunções) — o que tem restrições no direito português (artigo 345º, 2, do CC) —, dimensiona-lhes o valor, alteram o formalismo processual aplicável e/ou invertem ou atenuam o ônus da prova. Cf. Manuel Domingues de Andrade, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.212. V. também, Freitas Rangel, *O ônus da prova...*, pp.177-182.

reservar à desobediência ou às falsas declarações (ou, mais apropriadamente, pela falta de cooperação: artigos 537º e 519º, 2, do CPC)²³⁵⁰;

— quando a *lei* assim determinar.

E, de fato, são vários os diplomas legislativos portugueses que, em casos especiais, determinam a inversão do ônus da prova. Citem-se, entre todos, (a) as inversões do “*onus probandi*” em benefício dos trabalhadores (e.g., artigos 25º, 5, e 145º, 3, do CT²³⁵¹); (b) a inversão do “*onus probandi*” em benefício dos investidores da bolsa, relativamente à culpa dos oferentes, emitentes, promotores, intermediários financeiros ou demais nomeados no prospecto como responsáveis (artigo 149º, 1, do CVM); e (c) a inversão do “*onus probandi*” em benefício dos consumidores, contra a publicidade enganosa (artigo 16º, 2, do Código da Publicidade — Decreto-lei n. 330/90, de 23.10.1990).

A par disso, ademais, discute-se se há hipóteses de genuína inversão do ônus da prova no texto do artigo 343º (“casos especiais”). Assim, p. ex., no preceito do n. 1, ao dispor que, “[n]as acções de simples apreciação ou declaração negativa, **compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga**” (g.n.). De nossa parte, tomando por estribo o modelo rosenberg-chiovendiano, cremos tratar-se mesmo da *ordem natural* da repartição estático-abstrata em vigor. À luz dos preceitos normativos que assentam os pressupostos de fato para a criação de um certo direito subjetivo, cabe à parte interessada

²³⁵⁰ A “*ratio iuris*” do preceito aproxima-se grandemente da expressão ética que anima o chamado *princípio da aptidão para a prova*, que adiante destrincharemos. Em exemplo da jurisprudência alemã, o tribunal federal considerou onerado com a prova o réu *médico*, em ação de reparação de danos, porque não conservou nem retratou — ou tomou notas a seu respeito — a compressa aplicada em uma operação e inadvertidamente “esquecida” no corpo do paciente, para depois ser retirada em uma segunda operação; e grande parte da controvérsia incidia sobre o material da compressa (algodão ou gaze) e o seu tamanho (v. Lynce de Faria, *op.cit.*, p.52, citando VAZ SERRA). Relacionando-o com o princípio da cooperação intersubjetiva, cf., por todos, Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp. 321-322. Cotejando-o com o artigo 519º, 2, do CPC (v., *supra*, o §17º, II), no propósito de extremar as hipóteses de inversão do ônus da prova (= para a frustração culposa de um meio de prova “de especial relevância”), livre apreciação do valor da recusa (= para a frustração culposa de um meio de prova meramente admissível) e emprego de meios coercitivos, cf., por todos, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, “*Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade: recusa de cooperação do réu e inversão do ônus da prova*”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ministério Público, abr./jun. 1994, ano 15, n. 58, pp.173 e ss. Por fim, sobre o último assunto (obtenção coerciva de elementos de prova, notadamente as que demandem a disponibilidade física da pessoa humana), cf. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, *passim*.

²³⁵¹ É encargo do empregador, respectivamente, provar o carácter não discriminatório da dispensa; e, bem assim, provar ter garantido ao ex-empregado, com contrato a termo findo até trinta dias, o direito de preferência para a celebração de contrato sem termo, em caso de correspondente recrutamento externo.

nos efeitos da norma — no caso, o *réu* da ação declaratória negativa, cuja finalidade é precisamente declarar a inexistência de direito ou de fato (artigo 4º, 2, “a”, do CPC português) — provar aqueles pressupostos, *independentemente* de sua posição no processo. ROSENBERG insistira, aliás, nessa autoproclamada *virtude* de sua teoria: viceja a *insignificância do papel de parte*, de modo que “o processo concreto não exerce influência sobre a distribuição do ônus da afirmação e da prova. Isso mesmo se manifesta, ademais, no fato de que o papel de parte não tem importância para a distribuição do ônus da prova”²³⁵².

II. Além dos casos legais, porém, a doutrina lusitana tem debatido a possibilidade de inversões “*praeter legem*”. Debate-se, p. ex., em que medida a “*ratio essendi*” das inversões legais do ônus da prova

“poderão ser atendíveis noutras situações equivalentes às incluídas no artigo 344º, mas aí não expressamente previstas. Em suma, se será admissível interpretar o artigo 344º do Código Civil como contendo uma enumeração meramente exemplificativa. Se a resposta for afirmativa, proceder-se-á à análise de uma eventual legitimidade da ‘criação’ de casos de inversão pela doutrina e pela jurisprudência de forma, pode assim dizer-se, marginal à lei”²³⁵³.

Para caminhar nessa vereda, LYNCE DE FARIA²³⁵⁴ inicialmente identifica as “razões justificativas da inversão”, extremando entre as de *natureza particular* (em quatro espécies: as de proteção de um estado de debilidade subjetiva²³⁵⁵; as de punição de que se

²³⁵² Rosenberg, *La carga...*, p.205 (g.n.). Anda mal, pois, LYNCE DE FARIA ao concluir que “o legislador português sentiu necessidade de introduzir um preceito de *inversão do ônus da prova* neste caso em concreto [ações de simples apreciação negativa]: atribuiu o ônus da prova da existência do facto ou do direito ao réu. E fê-lo através do nº 1 do artigo 343º do Código Civil. [...] Assim, por exemplo, numa acção negatória de servidão de passagem, ao autor bastará provar, v.g., o seu direito de propriedade, competindo depois ao réu a prova da existência do direito de servidão de passagem de que se arroga. Pode o autor provar ainda os factos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito” (*op.cit.*, pp.44-45 [g.n.]). De fato; mas, se é assim, estamos mirando a exata estrutura de repartição proposta por ROSENBERG (e que nisso não difere daquela proposta por CHIOVENDA, p.ex. — v. *Princípios...*, t. II, pp.268-277). Não há inversão, a se considerar a repartição abstrata basal, que independe das posições processuais das partes. Sabiamente, portanto, o legislador não inseriu a hipótese — que vinha resolver uma antiga polémica doutrinária portuguesa — no artigo 344º do CC.

²³⁵³ Lynce de Faria, *op.cit.*, p. 60.

²³⁵⁴ *Idem*, pp. 61-62.

²³⁵⁵ Como aquelas ligadas à hipossuficiência econômica do trabalhador (e.g., artigo 145º, 3, do CT) ou à hipossuficiência econômica e/ou técnica do consumidor (e.g., artigo 10º, 2, do Código da Publicidade; no Brasil, artigo 6º, VIII, do CDC).

conduz mal — a *inversão-sanção*²³⁵⁶ —; o propósito legislativo de carrear especial tutela a certo instituto ou estado jurídico²³⁵⁷; ou ainda a “*natural dificuldade ou quase impossibilidade para uma das partes [...] de efectuar a prova de determinado facto*”²³⁵⁸) e as de *natureza pública* (a saber, a redução dos custos econômicos e temporais do processo ou, ainda, a busca de “*uma melhor justiça e [...] um mais provável alcance da verdade*”).

E, afinal, a partir dessas razões justificativas, poderia o juiz *elastecer* as hipóteses de inversão do ônus da prova, por similitude (i. e., com recurso à analogia ou à interpretação extensiva), para além do que dispõem os textos legais?

A resposta da autor é resolutamente negativa. Permita-se transcrever:

“Por um lado, verifica-se que o legislador considerou expressamente uma série de situações de inversão do ónus da prova no artigo 344º do Código Civil, aí incluindo uma cláusula geral que remete para todos os casos em ‘que a lei o determine’. Imperioso será concluir que existiu uma intenção expressa de não prever aí outras situações que não as referidas. Não se diga que o legislador disse menos do que quereria, advogando deste modo uma interpretação extensiva do preceito. O legislador foi muito claro e disse exatamente aquilo que pretendia. Nem mais nem menos. De outro modo, aliás, e uma vez que esta norma constitui uma excepção em relação aos critérios gerais consagrados no artigo 342º, estar-se-ia a pôr em causa a certeza e segurança jurídica que o legislador pretendeu ao estabelecê-los. Na prática, tudo dependeria da apreciação do magistrado que poderia livremente afastar tais regras. As regras do artigo 343º do Código Civil ficariam assim esvaziadas de qualquer sentido útil [...]. Por outro lado, do que foi dito

²³⁵⁶ Hipótese, por excelência, do artigo 344º, 2, do CC.

²³⁵⁷ Como nas presunções em matéria de posse (e.g., artigo 1260º, 2, do CC), ou ainda em matéria de paternidade (artigos 1826º, 1, e 1871º, 1, do CC).

²³⁵⁸ Lynce de Faria, *op.cit.*, pp. 59-60. Seria, para a autora, a “*ratio legis*” a justificar a “inversão” do artigo 343º, 1, do CC (v., *supra*, nota n. 2352). De todo modo, essa espécie cabe bem nas inversões de encargos probatórios que exoneram sujeitos processuais de provar *factos negativos indefinidos* (no tempo/espço), em qualquer hipótese que se vejam. Outro exemplo da autora — bem melhor —, em que se evita a necessidade de prova de “estado psicológico” da contraparte, está no artigo 799º do CC, que inverte o ónus da prova da culpa quanto ao incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação assumida (afinal, nos termos do artigo 798º, “[o] devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”; logo, o incumprimento *culposo* é o pressuposto de facto constitutivo do direito do credor). A finalidade político-legislativa de aligeirar as dificuldades de prova na comunidade processual nada mais é que a dimensão política do *princípio da aptidão para a prova*, já referido acima. Sobre lacunas, v. ainda, por todos, Oliveira Ascensão, *O Direito*, pp.433-436 (estabelecendo a distinção entre *lacuna* e *situação extrajurídica*, que também pode servir à discussão desta matéria).

resulta também a impossibilidade de aplicar os preceitos que invertem o ónus da prova, por analogia, a outras situações em que procedam as razões justificativas dos casos previstos. E não se poderá fazê-lo, essencialmente, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque é errôneo considerar que existe aqui um caso omissivo susceptível de integração analógica. Na verdade, não existe qualquer lacuna. O legislador regulou a situação, apesar de, *de iure condendo*, se poder considerar que não o fez da melhor forma. Em segundo lugar, mesmo que se entendesse existir aqui uma lacuna, nunca a disposição do artigo 344º poderia ser aplicável por analogia. Isto porque esta constitui uma norma excepcional que, nos termos do artigo 11º do Código Civil, não comporta aplicação analógica²³⁵⁹.

No que, “*concessa venia*”, não vai bem.

A visão de mundo que o excerto apresenta sintoniza-se com os temores de HIRSCHL em torno de uma “juristocracia” (*supra*, tópico 13.3). Sintoniza-se ainda com aquela visão de mundo exposta no tópico 21.1: ao juiz caberia tão-só *enunciar* a vontade histórica do legislador, a despeito da cambialidade do âmbito normativo (= realidade fenomênica) e da própria inadequação dos critérios assim descobertos ao programa constitucional e às próprias finalidades do aparato judiciário (= prover a ordem jurídica justa, em conformidade com os escopos daquele programa normativo, para além da mera pacificação social ou da própria segurança jurídica, entendida — em seu viés economicista — como estabilização de riscos e expectativas). Por tudo o que já expusemos, porém, acreditamos haver mais que isso. Vejamos, em três ordens de argumentos.

III. A uma, é certo que, em determinados grupos de casos, a própria jurisprudência portuguesa tem interpretado com maior largueza os textos dos artigos 342º a 344º do Código Civil. LYNCE DE FARIA o reconhece, em tom de crítica²³⁶⁰. Diremos nós, em tom de encômios — e com espreque no que pontuado bem acima (tópicos 13.1, 23.1 e 23.2) —, que são, as mais das vezes, *inflexões formais consonantes com a adequação da técnica processual às finalidades do sistema jurídico no conflito concreto*. Tomem-se exemplos (alguns dos quais citados pela própria autora).

²³⁵⁹ Lynce de Faria, *op.cit.*, pp.65-66.

²³⁶⁰ *Idem*, pp.68-71.

Em acórdão de 19.01.1984, o STJ entendeu que, em ação de preferência em compropriedade (artigo 1410º, 1, do CC), não se poderia esperar do autor a prova de fato negativo indefinido — a saber, que jamais lhe fora dado pelo “*ex adverso*” o conhecimento do projeto de venda —, de modo que “*o ónus da prova deve ter-se por invertido*”, assim como haveria de ocorrer “*nos casos de extrema dificuldade de produção [da prova]*”. Na dicção do voto, essa necessidade “resulta” do sistema dos artigos 342º e ss. do CC. A hipótese, ademais, seria análoga à do artigo 343º, 1, do CC (ações de simples apreciação negativa), em que “*competete ao réu provar o facto positivo em que se alicerça o seu direito e que é contrário à pretensão do autor*”; afinal, também o reconhecimento de que não houve a devida comunicação, na lide em testilha, seria uma pretensão de apreciação negativa (ainda que a funcionar “*incidenter tantum*”)²³⁶¹. Decisões semelhantes, em sede de ação de preferência, foram acordadas, naqueles tempos, em 09.10.1979 (Relação do Porto) e em 17.02.1983 (STJ); depois em 1991 (STJ, j. 26.09.1991, *in* BMJ 409/779; RE, j. 09.05.1991, *in* BMJ 407/642 — mas já sem se falar em inversão) e, bem mais recentemente, em 2004 (RG, Proc. n. 1355/04-1, rel. ROSA TCHING, j. 29.09.2004).

Noutra vereda, em 1998, o STJ reputou válida, pela via das presunções judiciais, uma inversão do ónus da prova em matéria diversa (culpa aquiliana), admitindo-a “*in totum*”, embora sem aparente previsão legal (já que o artigo 344º, 1, do CC só autoriza as inversões em casos de “presunções legais”). Eis a ementa:

“**I** - A determinação da culpa constitui matéria de facto quando o juízo de censura se baseia na violação dos deveres gerais de diligência e matéria de direito quando deriva da inobservância dos preceitos legais ou regulamentares.

“**II** - Na **apreciação da matéria da culpa**, o tribunal pode usar da chamada prova de primeira aparência, presunções da experiência que assentam no simples raciocínio de quem julga e se inspiram na **máxima da experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana**”²³⁶².

²³⁶¹ V. STJ, j. 19.01.1984, *in* BMJ 333/369.

²³⁶² STJ, Proc. n. n. 98A702 (JSTJ00034778), rel. LEMOS TRIUNFANTE, j. 19.02.1998 (*g.n.*).

Ainda mais explicitamente, no ano de 2002, a Relação de Lisboa entendeu por bem admitir a inversão do ônus da prova em sede de trabalho suplementar (= horas extraordinárias) — aliás, em hipótese muito próxima daquela da Súmula n. 338 do TST (*supra*, tópico 29.2.1, n. III) —, recorrendo ao permissivo do artigo 344º, 2, do CC. É certo, porém, que, ao fazê-lo, o tribunal inverteu o ônus da prova da *culpa*, já que o permissivo legal precitado só tem aplicação em caso de *conduta culposa* da parte que tornou impossível a prova ao onerado; e, constituindo-se a culpa em uma das características definidoras do dispositivo que engendra a posição processual privilegiada do empregado, competiria ao obreiro, em princípio, fazer a respectiva prova (mantendo-se, aqui, a lógica rosenberguiana — conquanto, por razões óbvias, seja sempre mais fácil que o empregador demonstre o extravio dos documentos, a sua destruição ou outros fatos eximentes). Nada obstante, à falta de provas num sentido ou noutro, a Relação *presumiu a culpa*, a partir de uma presunção judicial, e reputou aplicável a regra do artigo 344º, 1, do CPC, concluindo pelo direito às horas extras. Em resumo, infletiu discretamente a norma de repartição, por vias oblíquas, presumindo culpa onde a lei não a presumia textualmente. *In verbis*:

1 - As entidades empregadoras devem possuir um registo de trabalho suplementar onde, antes do início da prestação e logo após o seu termo, serão anotadas as horas do início e termo do trabalho suplementar, visado por cada trabalhador a seguir à sua prestação. **2 -** Há inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado. **3 -** Se o empregador for notificado para juntar o registo de trabalho suplementar, que existia no local onde esse trabalho foi prestado, e não o juntar, **aquele só pode eximir-se ao efeito previsto no nº2 do art.º 344º do Código Civil se demonstrar que, sem culpa sua, ele desapareceu ou foi destruído.** **4 -** Aceitando o empregador que possuía os registos em causa, tendo apenas oferecido os relativos ao período de 12/2/98 a 30/02/98 e **não tendo logrado demonstrar como lhe incumbia, que os registos anteriores a esse período desapareceram ou foram destruídos sem culpa sua,** deve considerar-se **invertido o ônus da prova** quanto à alegada prestação de trabalho suplementar pelo autor, nesse período”²³⁶³.

Em todos esses precedentes (e nos análogos), andaram bem os tribunais, porque lograram dinamizar o “*onus probandi*” e, assim, obter resultados finais tendencialmente

²³⁶³ RL, Proc. n. 00113254 (JTRL00038720), rel. Des. GUILHERME PIRES, j. 16.01.2002 (*g.n.*).

mais justos (ao favorecer a parte débil em detrimento da contraparte que, mais apta, acomodou-se; ao encaminhar decisões mais afinadas com a ideia de verdade-tendência; ao prestigiar, em contextos de verossimilhança, pretensões materiais axiologicamente mais fortes²³⁶⁴; e assim sucessivamente). Nada a censurar, portanto.

IV. A duas, a permissão intrassistemática para as inflexões do devido processo formal não pressupõe, a não ser excepcionalmente, o manejo de técnicas formais de hermenêutica convencional (como é a interpretação extensiva “pura”) ou de métodos de integração (como é a analogia). Poderíamos inclusive questionar a premissa de que o artigo 344º do CC, no plano infraconstitucional, não admita nem uma coisa, nem outra. Afinal, se certa norma já não equaciona adequadamente determinadas disputas, pode-se ao menos cogitar da chamada *lacuna ontológica* (assim entendidas as hipóteses de inadequação da ordem normativa positiva com o mundo-do-ser²³⁶⁵). Mas para o que aqui interessa, essa cogitação sequer é necessária.

As inflexões formais amiúde decorrem, como visto no tópico 11.3 e nos §§ 2º, 23º e 24º (entre outros), de esforços de *interpretação conforme a Constituição* (“*verfassungskonforme Auslegung*”). A interpretação conforme a Constituição — que, para autores como CHRISTIAN STARCK²³⁶⁶, WALTER BERKA²³⁶⁷, JORGE MIRANDA²³⁶⁸,

²³⁶⁴ Assim, e.g., nas relações de emprego, a liberdade pessoal e sexual ou a integridade física ou moral, privilegiadas em detrimento da propriedade ou da livre iniciativa. Esses elementos aparecem mais claramente na jurisprudência brasileira, como vimos de ver (e.g., inversões do ônus da prova nas ações de assédio sexual e moral).

²³⁶⁵ Enquanto as *lacunas deontológicas*, ao revés, decorreriam da inadequação da ordem normativa positiva ao próprio mundo-do-dever-ser (podendo ser *ideológicas*, no sentido de que a norma vigente para o caso é objetivamente *injusta* à mercê do restante sistema normativo, ou ainda *teleológicas*, no sentido de que não há, para o caso, norma vigente que permita atingir certa finalidade ou meta imanente à ordem jurídica). As *lacunas ontológicas*, por seu turno, classificar-se-iam em *críticas* (quando fatos ou comportamentos posteriores à norma de regulação vigente para certo segmento jurídico já não admitem avaliação deontica à mercê daquela norma) e em *diacríticas* (quando o que há é a impossibilidade de se obter, a partir da norma posta, uma decisão adequada para um caso duvidoso). Cf., por todos, Amedeo Conte, “*Décision, complétude, cloture: A propos des lacunes en droit*”, in *Le problème des lacunes en droit*, Chaïm Perelman (coord.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Société Anonyme d’Éditions Juridiques et Scientifiques, pp.68 e ss. Na espécie, a inadequação do artigo 344º do CC — interpretado na sua estrita literalidade — para lidar com casos que não previu, mas que evocam a mesma “*ratio iuris*” justificadora de suas hipóteses, apontaria para uma *lacuna ontológica diacrítica*. Isso, porém, se aquela interpretação estrita *estivesse correta*. Como veremos, a hipótese não é de integração, mas é mesmo de *interpretação*.

²³⁶⁶ Cf. Mangoldt, Klein, Starck, *Kommentar...*, Band 1, pp. 163-164 (“*Gebot der Verfassungskonformität*”).

²³⁶⁷ Cf. Walter Berka, *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*, Wien/New York, Springer, 2005, pp. 23-24.

GOMES CANOTILHO²³⁶⁹ e GILMAR MENDES²³⁷⁰, chega a consubstanciar um genuíno *princípio hermenêutico* — é, como se sabe, um instrumento que **(a)** não perfaz simplesmente uma técnica de interpretação, mas antes se situa no próprio âmbito do controle de constitucionalidade²³⁷¹ (difuso ou concentrado); e **(b)** não se limita a processos lógico-formais de exegese (como na interpretação enunciativa²³⁷² ou na interpretação gramatical), mas antes se escora nos *conteúdos substantivo-constitucionais* para se desenvolver (e, logo, é um processo *lógico-material* de interpretação, que se abre racionalmente a valores).

O princípio orienta que, perante os múltiplos significados de um dispositivo infraconstitucional, dentro do âmbito (e limite) do sentido possível do texto (“*des möglichen Wortsinnes*”), os intérpretes/aplicadores da Constituição *escolham* aquele(s) que o torne(m) consonante com a Constituição, e não aquele(s) que resulte(m) em sua declaração de inconstitucionalidade²³⁷³. É, segundo MENDES *et al.*, “*um cânone*

²³⁶⁸ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, t. II, pp.232 e ss.

²³⁶⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1151-1152.

²³⁷⁰ Cf. Gilmar Mendes *et al.*, *Curso...*, pp. 119-120.

²³⁷¹ Nesse sentido, no Brasil, há paradigmática jurisprudência no Excelso Pretório. V. STF, Representação n. 1417-7/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, TP, j. 09.12.1987, in DJ 15.04.1988, p. 8397. *In verbis*: “**O princípio da interpretação conforme a constituição (verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF — em sua função de corte constitucional — atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo**” (g.n.). A ementa e o julgado trabalham com a ideia de a *mínima conformidade com a vontade do legislador “lato sensu”* — inclusive quanto à *literalidade mínima* (ao referir “a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa”) —, que já exploramos *supra* (tópico 22.2) e voltaremos logo mais a examinar. Como resultado do julgado, o Senado Federal editou a Resolução n. 31/1993, suspendendo a eficácia do par. 3º do artigo 65 da LOMAN (que tratava de vantagens pecuniárias de magistrados).

²³⁷² Sobre a interpretação enunciativa (e a respectiva crítica), cf., *supra*, a nota n. 1740.

²³⁷³ Berka, *Lehrbuch...*, p.23. Para bem delimitar as possibilidades do instrumento — dentro da literalidade do texto normativo — e assim extremar as hipóteses de interpretação conforme daquelas da inconstitucionalidade “*in abstracto*”, o docente da Salzburg acrescenta: “*Voraussetzung für die Anwendung der „Korformitätsregel“ ist zunächst ein Auslegungsspielraum, der durch den Wortsinn begrenzt wird. Widerspricht ein Gesetz nach seinem eindeutigen Sinn der Verfassung, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden [...]*”. É como tem se manifestado, ademais, o próprio VfGH (1986). De outra parte, extrai-se igualmente da jurisprudência do VfGH (1996) que a interpretação conforme não prescinde de juízos de ponderação (“*Abwägung*”), pela via da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, p. ex., em sede de limitações ao direito de propriedade, entendeu-se que a interpretação conforme, que valha a

interpretativo [que] ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura”²³⁷⁴.

Mas não é só. Para além de se escolher a interpretação que se compatibilize com a Constituição (e não o contrário), intelecções mais recentes da “*verfassungskonforme Auslegung*” sinalizam que, entre as várias interpretações constitucionais de uma norma, há que se optar por aquela que *mais agudamente se orienta para a Constituição*, ou que *melhor corresponda* ao seu programa normativo²³⁷⁵. No dizer de MENDES, vê-se no princípio um “*mandato de otimização do querer [objetivo] constitucional*”. E é esse o ponto fulcral, nomeadamente em sede de direitos humanos fundamentais. Tendo em conta que a literalidade do artigo 344º do CC *não veda expressamente* outras hipóteses de inversão do ônus da prova, extrair do preceito a sua “*ratio essendi*” — como fez, e bem, LYNCE DE FARIA — para com ela autorizar inversões pretorianas em que as mesmas razões de necessidade ou conveniência se ponham, com vista à consecução de decisões de mérito mais afinadas com as possibilidades concretas das partes e a dignidade das pretensões materiais envolvidas, é indubitavelmente um modo de *otimizar* o “*due process of law*” (quanto à efetividade da jurisdição e ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa); e, por ele, os próprios direitos fundamentais “*in tese*” vindicados. Realiza-se, de resto, o princípio da máxima efetividade (*supra*, tópico 12.2).

Nem por isso, diga-se, estará ferido de morte o artigo 342º do CC. O modelo rosenberg-chiovendiano segue como pano de fundo para as relações processuais civis e laborais, em Portugal como no Brasil. Todavia, diante de circunstâncias concretas que pela especialidade o justifiquem, e com a competente argumentação jusfundamental (sempre

constitucionalidade do ato normativo, só poderá ser aquela que assegure ao proprietário uma fruição econômica *razoável* do bem: “*Eigentumsbeschränkenden Regelungen ist in verfassungskonformer Auslegung zu unterstellen, dass sie unter einem Vorbehalt des wirtschaftlich Zumutbaren stehen*” (Berka, *Lehrbuch...*, p.24). V. *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes* n. 11.036/1986 e n. 14.489/1996 (respectivamente).

²³⁷⁴ Gilmar Mendes *et al.*, *Curso...*, p. 119. Daí que a constitucionalidade se *presume*, enquanto a inconstitucionalidade deve ser demonstrada “*de modo cabal, irrecusável e incontroverso*”.

²³⁷⁵ Cf., por todos, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, pp. 290-291. V. também Gilmar Mendes, *Curso...*, p. 120.

sindicável nos tribunais “*ad quem*”), aquele modelo pode ser *dinamizado*, com inversões ou exclusões pretorianas do “*onus provandi*”. Não são decisões despóticas. São decisões juridicamente fundamentadas, de base constitucional, que se sujeitam a todos os controles próprios do sistema recursal. E que, afinal, em muitos casos — desde que “*admitida a prova [exclusivamente] testemunhal*” — poderiam até derivar, com argumentos bem mais prosaicos, do próprio artigo 351º do CC (*presunções judiciais*); mas, ainda assim, seriam inflexões, na medida em que o artigo 344º, 1, do CC só refere as presunções legais (artigo 350º do CC).

Pois bem. Se seguiremos pela senda da argumentação jusfundamental, exatamente com que base jurídica far-se-ia a inversão? Dois caminhos.

Elastecendo os permissivos dos artigos 343º e/ou 344º do CC para os casos análogos, em modo de *interpretação conforme de efeitos extensivos*. Então seria, de fato, uma interpretação extensiva — mas de fundo *material*, e não lógico-formal (que tende a se fiar em exclusivas ilações sobre a “*mens legislatoris*”, o que é assaz impróprio, como diremos). Mas nem mesmo isso seria necessário. À vista da força normativa própria dos princípios²³⁷⁶, bastaria aplicar diretamente a própria “*due process clause*” (no Brasil, artigo 5º, LIV, da CRFB; ou, em Portugal, o artigo 20º, 4, da CRP).

V. A três, diversamente do que parece externar o excerto acima (n. II), os preceitos jurídicos dissociam-se de suas fontes materiais e devem ser interpretados *sistematicamente* (o que afinal tem sido, “*ab ovo*”, a maior das premissas desta investigação — §5º). Uma vez promulgada, a lei integra-se ao sistema jurídico e *nele* deve encontrar seu sentido, notadamente à vista da *função hermenêutica* dos princípios jurídicos (em especial os constitucionais²³⁷⁷). Daí que — afirmávamos alhures com FERRAZ JR. (*supra*, tópico 22.2, n. IX) — a “*mens legis*” não se confundirá necessariamente (ou sequer frequentemente) com a “*mens legislatoris*” histórica. A descoberta do sentido histórico dos

²³⁷⁶ V. Alexy, *Theorie...*, pp. 87-90.

²³⁷⁷ Cf., e.g., Rothenburg, *Princípios...*, pp. 44-45. V. também, *supra*, o §24º, n. III.

dispositivos legais servirá, quanto muito, para balizar o esforço de *interpretação histórica* (apenas um dentre os tantos métodos disponíveis) — sobre ser, não raro, uma utopia. Com efeito, a edição de uma lei em sentido formal é um *ato jurídico complexo*, para a qual concorrem inúmeros parlamentares — desde o seu proponente até os legisladores reunidos em plenária ou colégio de lideranças, passando pelos relatores e membros das diversas comissões permanentes e/ou transitórias que apreciem o projeto — e a própria autoridade executiva promulgadora (no Brasil como em Portugal, o Presidente da República²³⁷⁸), quando não o tribunal constitucional, se houver o controle preventivo (onde se admite²³⁷⁹). Ora, de quem seria a “vontade histórica” determinante? A do proponente originário? A do derradeiro relator? A da última coletividade votante? Obter-se-ia, talvez, pela “média vetorial” de todas as vontades concorrentes? As mais das vezes, as pretensões de interpretação “fiel” à vontade do legislador não fazem mais que corroborar uma mera *interpretação gramatical* do preceito (sabidamente, a mais pobre das técnicas de interpretação). Parece ser o caso, já que não se referem sequer os anais legislativos.

Como já expusemos (tópico 22.2), uma das condições hermenêuticas para uma interpretação constitucional que não seja “desconstrutiva” é, sim, a *mínima conformidade com a vontade do legislador “lato sensu”* (i. e., com a sede original do comando normativo). Noutras palavras, a não ser que se advogue a inconstitucionalidade “*in abstracto*” do ato normativo, a sua interpretação deve ter um *mínimo respaldo na literalidade do seu texto*. Nada obstante, os textos não podem ser grilhões indefectíveis para o intérprete, ou se vulneraria a própria ideia de “*substantive due process*”²³⁸⁰. Primeiro, a intelecção do texto *dentro do seu programa normativo e conforme o seu âmbito normativo*. Esta será a vontade *objetiva* da lei.

²³⁷⁸ Respectivamente, artigo 84, IV, da CRFB e artigo 136º da CRP.

²³⁷⁹ Em Portugal, p. ex. (artigo 278º da CRP).

²³⁸⁰ No sentido de que “ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, *sem ter em conta a historicidade do (con)texto constitucional e os respectivos elementos extrassistemáticos relevantes* (ou, em resumo, a *capacidade de aprendizagem* das respectivas normas)” (*supra*, tópico 12.2, n. IV). Dir-se-ia, remontando à origem histórica do devido processo (§8º), não ser lícito supor que, após quase quarenta anos, a “*lex terrae*” (ou a “*law of the land*”) a guiar os julgamentos dos cidadãos na República Portuguesa siga sendo imutavelmente igual àquela mesma que os guiava em 1966 (ano de edição do DL n. 47.344) — ainda que o texto, em si mesmo, não tenha se modificado.

E, com isso, já podemos encaminhar um equacionamento.

29.3. CONCLUSÕES PARCIAIS. POR UMA REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DINÂMICA E SENSÍVEL À NATUREZA DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL

I. Dizíamos que, em praticamente os casos examinados nos tópicos 29.2.1 e 29.2.2, duas situações paradigmáticas podem ser identificadas. Em um primeiro grupo, estiveram em causa direitos humanos fundamentais, das mais variegadas gerações (ou dimensões), teoricamente afetados pela conduta de quem se vê às voltas com a atribuição do ônus da prova (como, *e.g.*, o direito à vida, o direito à saúde, o direito à honra e à imagem, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à não discriminação, os próprios direitos sociais fundamentais — como o direito à desconexão do trabalho e o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho — e assim por diante). No segundo grupo, identificávamos casos em que a inversão do ônus da prova deveu-se basicamente ao reconhecimento de que, a despeito das regras legais em vigor, o “*ex adverso*” (geralmente o réu) tinha *melhor aptidão para a prova* (seja por razões econômicas, seja por razões técnicas, seja ainda por força de obrigações ou deveres materiais de documentação ou preconstituição). Dir-se-ia, portanto, haver uma *justificação jurídico-material*, de fundo constitucional, e uma *justificação jurídico-processual*, de fundo legal-ordinário.

A justificação material constitucional, a nosso ver, explica-se quase por si mesma. Na dicção de UGARTE CATALDO (referindo-se ao processo laboral e, logo, à tutela judicial de direitos sociais fundamentais),

“[n]ão existe uma única técnica de mitigação probatória, mas várias modalidades distintas que, sem embargo, servem a um mesmo objetivo: facilitar a posição probatória (aligeirar o ônus da prova) do trabalhador autor, **alterando o axioma central em matéria probatória, de que a prova de um fato corresponde a quem o alega**, atendida uma pluralidade de razões de política judiciária: **a realização de interesses gerais de justiciabilidade dos direitos fundamentais** — garantias

de justiça —; lidar com o problema prático consistente nas **dificuldades da prova do fato discriminatório ou contrário ao direito fundamental** — debilidade da posição probatória —, o que leva a **estabelecer regras específicas de distribuição da prova a favor da posição subjetiva do trabalhador**, agravando-se simetricamente a do empresário demandado”²³⁸¹.

Já a justificação processual desafia uma certa problematização, para melhor entendimento.

A rigor, o chamado “*princípio da aptidão para a prova*” — pelo qual o encargo da prova deve caber aprioristicamente àquele que a puder produzir com menor sacrifício, ou sem dificuldade excessiva que impeça ou estorve sensivelmente a satisfação da pretensão material²³⁸² — nada mais é do que uma *concreção* do direito à tutela judicial efetiva, no sentido de um acesso à jurisdição *plena e justa* (*supra*, §26º). Com efeito, como vimos alhures, os órgãos jurisdicionais têm o dever de repelir toda interpretação formalista e desproporcional de elementos procedimentais — como é, *e.g.*, a repartição estática do ônus da prova — que os conduzam a negar acesso ou efetividade à jurisdição; ao revés, devem adotar as intelecções que resultem mais consentâneas com a perspectiva funcional do exercício do direito à tutela judicial, abrangente do tripé **acesso, mérito e satisfação** (v., *supra*, tópico 26.1, n. V, “f”). Ora bem, uma jurisdição que se resolva com *insuficiente instrução probatória*, havendo provas disponíveis (ou, o que vale o mesmo, havendo o dever legal de preconstituí-las) é uma jurisdição que produz decisões de mérito menos fidedignas à realidade fenomênica. Noutras palavras, *aproxima-se menos* do ideal conceitual de Verdade como valor-tendência (*supra*, §18º, n. III), e por incúria da comunidade processual. Também vimos que esse ideal de Verdade funciona como garantia do justo processo na *perspectiva funcional-subjetiva* (§18º, n. VI), de modo a vincular o comportamento e a atitude subjetivas de *todos* os atores processuais, *inclusive partes*. É,

²³⁸¹ José Luis Ugarte Cataldo, *El nuevo derecho del trabajo*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2004, p.132 (g.n.). Não por outra razão, no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho, propúnhamos a positivação do *princípio do ônus dinâmico da prova* (artigo 762-C, §2º, V), que se basearia “na *melhor aptidão para a prova, nas constelações de indícios, na verossimilhança das alegações ou na utilidade do processo, sem prejuízo de outros elementos que informem uma repartição fundamentada, exarada em decisão judicial que anteceda a fase instrutória e seja previamente comunicada às partes do dissídio, prevenindo-se a surpresa*” (§18). Cf. G. G. Feliciano *et al.*, *Fênix...*, pp.132 e 134.

²³⁸² Cf., *e.g.*, Manoel Antonio Teixeira Filho, *A Prova no Processo do Trabalho*, 5ª ed., São Paulo, LTr, 1991, p.84 (reportando-se a PORRAS LÓPEZ). V. também, do mesmo autor, *Curso...*, v. II, p. 977.

pois, uma perspectiva que arranca dos princípios da boa-fé e da cooperação processual. E vimos, alfim, que a justa medida entre os limites intrassistemáticos para a verdade-demonstração e as exigências de um processo de resultados (= justa composição de litígios) faz-se, no marco do “*procedural due process*”, sob as balizas do *princípio da proporcionalidade*, permitindo inclusive *distensões* do devido processo formal, com vista à descoberta da verdade em favor da pessoa (respeitados, sempre, os metalimites imanentes e dialéticos).

Com todo esse arsenal teórico, bem se compreende que, ao cabo das contas, a modulação dinâmica do ônus da prova conforme a melhor aptidão probatória tem, por detrás de si, *valores jusfundamentais* ligados ao “*due process of law*”: acesso à jurisdição como acesso à melhor decisão de mérito atingível; lealdade e cooperação processual; Verdade como valor-tendência do processo. É nessa medida que, tal como as justificativas de ordem material, *também a justificativa de ordem processual*, no que diz com a aptidão para a prova, *tem fundo jurídico-constitucional*. Independentemente de quaisquer debilidades materiais do “*ex adverso*” (que podem reforçar a conclusão, mas pela lógica jurídico-material), a parte com melhor aptidão para produzir a prova acerca dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos do processo é quem, exatamente pela condição de mais apta, **deve**, em princípio, produzi-la (até porque, já sabemos, o princípio “*nemo tenetur edere contra se*” aplica-se mormente ao processo penal, não ao processo civil ou laboral²³⁸³). Daí se extrair que, não a produzindo injustificadamente, possa vir a suportar o ônus da prova quanto àqueles fatos: escandaliza que, por descumprir o seu dever geral de cooperação processual, quando não obrigações ou deveres materiais de documentação ou preconstituição, a pessoa logre obter uma *vantagem* no processo. Um raciocínio jurídico que conduza a esse resultado é, em si mesmo, antissistemático.

II. Ademais, talvez o principal “mérito” da teoria fixista de ROSENBERG seja, ao mesmo tempo, o seu mais oculto calcanhar de Aquiles. Com efeito, mesmo a “objetividade abstrata” da teoria de ROSENBERG permitiu “acertos” que não raro abrigaram, a nosso sentir, pendores mais teleológicos do que lógico-formais. Excelente exemplo está em suas

²³⁸³ Cf., *supra*, o §17º. V. também G.G. Feliciano, *Direito à prova...*, Cap. IV, tópico 4.1.

considerações quanto ao ônus da prova de uma “violação grave de deveres conjugais” nas ações de divórcio (§43 do *EheG*): dever-se-ia esperar do cônjuge ofendido — o autor (e, àquele tempo, geralmente o *homem*²³⁸⁴) — não apenas a prova da prática faltosa do “*ex adverso*”, senão também a prova da “ausência das circunstâncias que obstem a que os eventos que fundam a demanda se apresentem como grave falta conjugal” (i. e., a inocorrência de legítima defesa ou de enfermidade mental, ou de qualquer outra razão especial que justificasse, p. ex., a ausência de coabitação sexual, e que viesse a ser alegada pela ré). Segundo ROSENBERG, essas circunstâncias não se ligariam a normas impeditivas de direitos (como se dá, *de regra*, com a legítima defesa), mas seriam apenas a concretização do conceito de “violação grave e culposa”, integrante da “*facti species*” da norma constitutiva. Provar a culpa do adversário, aqui, significaria provar inclusive a inexistência de excludentes de culpa e/ou de ilicitude (o que já não se admite nos tribunais de hoje). O mesmo se daria, outrossim, nas ações judiciais para a privação da legítima: apontados, *e.g.*, os maus tratos ao “*de cuius*”, se o réu alegasse legítima defesa ou estado de necessidade ao tempo da agressão, caberia à parte que quer ver o réu privado da legítima não apenas provar os maus tratos, mas também a inocorrência da excludente; do contrário, os maus tratos não se provariam “culposos” para os fins do § 2333, 2, do *BGB*²³⁸⁵.

Ora, em ambos os casos, a repartição sugerida por ROSENBERG recrudescerá sobremodo a carga probatória daquele que, pretendendo alterar o “*status quo*” patrimonial, cria o risco de levar a contraparte ao relativo desamparo (assim, *e.g.*, nas ações de perdimento da legítima, ou ainda nas ações de divórcio, se fosse réu o cônjuge virago); e a recrudescerá tão intensamente que inclusive acomete, à parte ofendida ou interessada, a prova de fatos negativos definidos (*e.g.*, de que a agressão *não se deu* em legítima defesa). Ao revés, em outras situações (em maioria, aliás), a legítima defesa é vista como pressuposto da norma impeditiva e, por isso mesmo, objeto de prova do agressor (não do agredido) — até porque não tem a ver com culpa, mas com ilicitude.

²³⁸⁴ Tanto que, nalgumas referências, o próprio ROSENBERG referiu-se ao pretense ofensor como “ré” ou “demandada”, na flexão feminina.

²³⁸⁵ Rosenberg, *La carga...*, pp. 188-189. MÚRIAS, porém, parece ver justamente o contrário (*Por uma distribuição...*, p. 49).

Em outra passagem, discorrendo sobre “os casos em que o ônus da prova recai principalmente sobre o réu”, novamente se insinua o interesse do autor pelos resultados concretos da repartição. Identificando a dificuldade de a parte provar fato negativo (presente — mas ignorada — na hipótese anterior), ROSENBERG funda-se nisso para argumentar que o “*onus probandi*” haveria de ser da contraparte. É o caso da venda sob condição potestativa suspensiva de satisfação do comprador (ou resolutive de sua insatisfação): o *implemento da condição*, se consistisse na *aprovação*, deveria ser provado pelo vendedor; assim como deveria ser provado pelo comprador, se consistisse na *desaprovação*. Isso porque, “*em caso de se haver entregue a mercadoria ao comprador para que a aprove ou examine, o silêncio, isto é, uma omissão, vale como aprovação* (§ 496, inc. 2) — e, por conseguinte, neste caso se trata de uma condição suspensiva negativa — [...]; o adversário [é que] *terá que mostrar a declaração de desaprovação por parte do comprador*”²³⁸⁶, obviamente com melhores condições para fazê-lo (aptidão?), já que seria geralmente o próprio comprador. A expressão “em caso de” indica, ademais, flerte com a ideia de “ônus da prova concreto”.

Logo, num caso e noutro, transparece certa preocupação com o ônus concreto — para além da hipótese das contraprovas indiretas por indícios (em que abertamente o admite)²³⁸⁷ —, e quiçá com as consequências materiais mais prováveis da repartição, o que possivelmente revele, já no seu pensamento original, uma “matização” derivada do seu senso de justiça e/ou dos costumes e convicções do seu tempo, “*pari passu*” com a aplicação de sua lógica cartesiana. Objetividade com concessões²³⁸⁸?...

III. Daquela justificação material constitucional para as modulações concretas do “*onus probandi*” (n. I) não falam, ademais, apenas os processualistas. Também na doutrina constitucionalista encontram-se vozes de nomeada apontando para a necessidade de que o

²³⁸⁶ *Idem*, pp. 357-358.

²³⁸⁷ *Idem*, pp. 220 e ss. V. também Múrias, *Por uma distribuição...*, p. 50.

²³⁸⁸ A não ser assim — i.e., a se negar peremptoriamente qualquer preocupação “sinépica” nas variações apontadas —, ainda teríamos de convir que a “mecânica” da teoria inflete concretamente à mercê da interpretação que o aplicador fizer de alguns fatos jurídicos (p. ex., quais os efeitos da legítima defesa, que é excludente de *ilicitude* e não de culpa ou de culpabilidade, no conceito de “violação culposa”: exclui-se o conceito — como acreditava ROSENBERG —, ou excluem-se, como entendemos, os *efeitos* derivados do conceito?). Da mesma maneira, perder-se-á a ilusão de objetividade.

ônus da prova tome em consideração a dignidade das pretensões materiais subjacentes, especialmente se dotadas de jusfundamentalidade (= direitos fundamentais, garantias constitucionais e liberdades públicas). Inclusive em Portugal. Partindo da hipotética processualização de questões jusfundamentais como a objeção de consciência (artigos 41º, 6, da CRP e 5º, VIII, da CRFB), o direito de asilo (artigos 33º da CRP e 4º, X, da CRFB), a manifestação ou reunião pacífica e sem armas (artigos 45º da CRP e 5º, XVI, da CRFB) e a proibição de associações armadas, paramilitares, racistas ou fascistas (artigo 46º, 4, da CRP e artigo 5º, XVII, da CRFB), GOMES CANOTILHO²³⁸⁹ reportou que

“[o] princípio básico sobre repartição do ónus da prova é, como se sabe, este: a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (assim, precisamente, o art. 516º do Código de Processo Civil português). Transferindo, de plano, este princípio para os direitos, liberdades e garantias, o princípio da repartição do ónus da prova poderia formular-se assim: quem invocar um direito fundamental (*rectius*: um direito, liberdade e garantia) deve fazer prova de que lhe assiste esse direito. Mas as coisas não são assim tão simples.

“[...] As consequências de uma radicalização do princípio geral do ónus de prova neste domínio justificam já esta primeira interrogação: quem suporta o risco de não ver provido o que se pede — ser ou não ser objector de consciência? O titular do direito à objecção de consciência ou o Estado?

“[...] O risco do ónus de prova incide, em termos gerais, sobre a parte (o titular do direito) que reclama o direito de asilo. O risco, como se vê, redundar ou pode redundar numa discricionariedade total das autoridades quanto à produção da prova do direito de asilo.

[...] Mas uma manifestação com armas tradicionais (*e.g.*, de índios, de zulus) cabe ou não no âmbito de protecção jurídico-constitucional? A quem cabe o ónus da prova?

[...] Quem é que tem de provar que não é associação armada, militar, paramilitar, militarizada, racista ou fascista? Os cidadãos ou as autoridades?”

E, após uma série de considerações (que passa pela própria análise do ónus da prova — na verdade, *ônus da alegação e da demonstração*, pois neste caso não há matéria fática

²³⁸⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Estudos...*, pp. 169-175 (“*O ónus da prova na jurisdição das liberdades: Para uma teoria do direito constitucional à prova*”).

— decorrente da inversão ditada pela “*presumption of constitutionality*” das leis), termina por argutamente indagar: “*será o legislador mais livre na conformação de regras processuais probatórias, de incontornável relevância para a efectividade dos direitos, do que na restrição material de direitos, liberdades e garantias?*” Ou — o que é o mesmo —, “*poderá o legislador processual estabelecer regras probatórias conducentes a uma distribuição injusta do ónus da prova?*” Por tudo o que já se viu *supra*, e supondo-se que a “injustiça” configure-se pela virtual lesão a direitos, liberdades e garantias, a resposta é pronta e inequívoca: **não**. O “*procedural due process*” deve se conformar ao “*substantive due process*” (*supra*, §25º, n. III) — o que significa que as soluções processuais legislativas, no marco do “*procedural due process*”, não podem tisonar perene e desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

Por isso mesmo, na resposta àquela indagação, CANOTILHO termina por formular o princípio do “*in dubio pro libertate*”, nos seguintes termos:

“Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isto justifica que quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições. Assim, por exemplo, quando estiver em causa a aplicação de uma medida privativa de liberdade em caso de perigosidade criminal baseada em grave anomalia psíquica, o ónus da prova pertence não ao titular do direito à liberdade, mas às entidades (judiciais ou outras) que solicitam a medida de segurança” (*g.n.*).

E conclui:

“Os direitos fundamentais transportam sempre uma *dimensão subjectiva* (são “direitos das pessoas”) e uma *dimensão objectiva* (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que quando a medida justa da distribuição do ónus da prova é fundamental para a garantia de um direito, se devem evitar teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham soluções probatórias não

aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (g.n.).

No mesmo sentido, ademais, a jurisprudência estadunidense já vem reconhecendo uma insuficiência metódica das regras de distribuição do ônus da prova, quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa (“*basic constitutional rights*”)²³⁹⁰. Não se trata, portanto, de uma percepção isolada ou anarquista.

Mas o fato é, esteja inserta em um estatuto jurídico-substantivo ou em um estatuto jurídico-processual, uma regra legal probatória raramente será injusta “*in abstracto*”. A injustiça amiúde será *casuística*: desvelar-se-á apenas no caso concreto, diante dos pressupostos e das circunstâncias de aplicação daquela regra. É o que se passa em sede de repartição do ônus da prova. O modelo rosenberg-chiovendiano não é injusto “*in se*”; aliás, jamais sustentamos isso. A injustiça não está na regra, mas na sua peculiar concretude em certos contextos. Nessa esfera, o legislador já não pode agir; e, nada obstante, impende corrigir os excessos derivados do poder de conformação legislativa, ainda se imprevisíveis ao tempo da conformação, ou o sistema falharia em um de seus mais relevantes papéis (função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais²³⁹¹).

Que aja, então, o juiz.

IV. De todo o exposto, é de se convir, em relação aos dois sistemas jurídicos, que as legislações em vigor para o processo civil e laboral positivaram modelos de repartição do “*onus probandi*” que se caracterizam pela **abstração**, pela **fixidez (modelos estáticos)** e pela **configuração “ex ante”**. Definidos pelo legislador ordinário, passam a integrar a ordem jurídica interna e evidentemente são vinculantes. Disso não resulta, porém, que tais modelos não admitam inflexões formais de cariz judicial, calibradas pelo “*substantive due process*” (proporcionalidade, capacidade de aprendizagem), de acordo com necessidades

²³⁹⁰ Cf. Michael Nierhaus, *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre*, Berlin, Franz Vahlen, 1989, *passim*.

²³⁹¹ Canaris, *Direitos fundamentais...*, pp. 59 e ss.

concretamente aferidas e à mercê de circunstâncias excepcionalmente relevantes. De outro modo, privar-se-ia o juiz do poder de eleger as técnicas processuais *mais adequadas* para prover jurisdição efetiva (*supra*, tópico 26.1). É que os modelos estáticos não são capazes de tomar em consideração as *particularidades do direito material e do caso concreto* para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento de feição liberal é um *processo neutro* (tópico 21.1); e, logo, *injusto* em alguns contextos, porque insensível às necessidades do direito material, não permitindo ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida (MARINONI²³⁹²). Se o direito de acesso à ordem jurídica justa — ou à justa composição do litígio — traduz um gradiente apreciável de justiça material, é ingente admitir que o exercício adequado do direito constitucional de ação, na perspectiva da máxima efetividade, supõe “a necessidade de procedimento, cognição, provimentos e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão do direito material”²³⁹³. Logo, não pode haver um encilhamento formal irredutível. Quando as regras estáticas de repartição do ônus da prova tendem a determinar o sacrifício (materialmente) injustificado das pretensões de direito material, evocar a cláusula do “*due process of law*” significará, inclusive, reconhecer que o juiz detém meios bastantes — dir-se-ia mesmo “poderes implícitos”²³⁹⁴ — para evitar aquele sacrifício e reconduzir o binômio processo-procedimento a uma condição razoavelmente isonômica e calibrada.

Pois bem. Para essa recondução, o “meio” por excelência foi explicitado há pouco: as regras legal-formais de distribuição do “*onus probandi*” desafiam, em todo caso, *interpretação conforme a Constituição*, em regime de ponderação prática e harmônica de bens e direitos (HESSE) e sob fundamentação concreta. Esse instrumento servirá para

²³⁹² Cf., e.g., *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 31.

²³⁹³ Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 124.

²³⁹⁴ Pela *teoria dos poderes implícitos*, para cada competência ou atribuição outorgada pela Constituição estão implicitamente outorgados amplos poderes para a respectiva execução, desde que não expressamente limitados. Surge na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*, quanto aos poderes do Congresso, e daí se espalha para o mundo. Foi já evocada pelo STF em algumas ocasiões (recentemente, v. STF, HC 107644/SP, 1ª T., rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06.09.2011: reconheceu-se ao delegado de polícia, por lhe competirem as funções constitucionais de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, *ut* artigo 144, §4º, da CRFB, o poder implícito de *conduzir coercitivamente* o suspeito para prestar esclarecimentos, se ele a isso resistir, ainda que inócua qualquer hipótese legal de prisão). Confira-se, de resto, o §33º, *infra*.

evitar o modelo estático — que passa a ter *papel ordinário* ou *residual*²³⁹⁵ no sistema processual não penal (já não, porém, como critério absoluto ou incondicional) — quando a sua observância cega ameaçar concretamente a integridade de outros direitos fundamentais em tese (“direitos prováveis”) ou mesmo os escopos naturais do “*due process of law*”. Em tais casos, à vista dos interesses materiais em jogo e da própria funcionalidade do processo, o juiz *redistribuirá* o ônus probatório, com a devida e prévia comunicação às partes (e sob regular contraditório, atual ou diferido). Poderá fazê-lo “*ex officio*” ou a requerimento das partes, com a competente fundamentação; em não o fazendo — ou indeferindo, p. ex., o requerimento correspondente —, sinalizará que a demanda concreta não tem traços de excepcionalidade que permitam suspender o modelo ordinário-residual, de modo que a repartição far-se-á segundo o esquema legal-formal em vigor (no Brasil, artigos 333 e 334 do CPC, inclusive para o processo laboral; em Portugal, artigos 342º a 344º do CC).

A utilidade/necessidade da **fundamentação prévia** da repartição dinâmica, a partir de uma *hermenêutica constitucional* focada na máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais em tese afetados, arranca da constatação de que o esquema rosenberguiano representou decerto uma evolução, mas é hoje insuficiente para racionalizar a repartição do ônus da prova no processo civil²³⁹⁶; e, nessa alheta, propor uma repartição dinâmica

²³⁹⁵ “Residual”, aqui, como adjetivo concernente a *fundo*, *raiz* ou *âmago* (v. iDicionário Aulete, verbete “resíduo”, in <http://aulete.uol.com.br> — acesso em 15.07.2012), e não como “resto”, “escória” ou “sobra”. O modelo rosenberg-chiovendiano segue sendo o *modelo de fundo*, a que retrocedem todos os casos que não desafiem a distribuição dinâmica do ônus probatório.

²³⁹⁶ Além das razões já alinhavadas, quanto à sua fixidez ancilosadora, pode-se acrescentar, com MÚRIAS (especialmente para o caso português): a “*Normentheorie*” é estéril no plano legislativo (não consegue assegurar a estabilidade afiançada e pressupõe um legislador disposto a enunciar a lei segundo os seus esquemas linguísticos, o que é por tudo duvidoso), torna-se inutilizável sempre que o aplicador do direito não possa reconduzir o seu juízo a um texto legal ou equiparável (assim, *e.g.*, se decidir por princípios jurídicos implícitos, por cláusulas gerais ou por conceitos jurídicos indeterminados), é limitada — quando não contrariada — pelos próprios limites do instituto do ônus da prova e, por fim, o seu “*funcionamento [...] em casos de “normas autônomas incompatíveis” implica uma atenção incompleta à avaliação substantiva dos problemas*” (Múrias, *Por uma distribuição...*, pp. 87-92, 131-143 e 160). No mesmo diapasão, MICHELI obtempera que *não se podem reger pela mecânica da repartição estática do ônus probatório*, ainda quando haja matéria de fato, os julgamentos que se façam por princípios gerais de direito, pela aplicação de princípios do direito comparado ou pela própria aplicação do costume. Cf. Gian Antonio Micheli, “*Teoria geral da prova*”, trad. Arruda Alvim, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 1976, n. 03, pp. 161-168; e ainda, do mesmo autor, *L’onere della prova*, Padova, Cedam, 1942, *passim*.

constitucionalmente ancorada parece convergir para a ideia de uma *distribuição fundamentada* como norte para o melhor equacionamento do problema (MÚRIAS²³⁹⁷).

Poder-se-ia objetar, porém, que essa é uma solução propícia às instabilidades e à insegurança jurídica (como de resto objetarão todos os que lerem estas linhas com os olhos do juiz “enunciador”). Essas críticas aparecem muito dura e evidentemente nas monografias de TARUFFO²³⁹⁸ e VERDE²³⁹⁹, por exemplo. Essa margem de insegurança, segundo nos parece, é da natureza mesma das técnicas processuais que procuram equacionar o processo a partir de parâmetros materialmente mais justos; é, por assim dizer, o “preço” de um binômio processo-procedimento mais afinado com as pretensões materiais subjacentes e a realidade de entorno. E, não bastasse, é também um aspecto do espírito do nosso tempo (*supra*, §11º).

Nada obstante, é perfeitamente possível buscar **tecnologias** que minimizem a sensação de imprevisibilidade, engendrando conceitos e procedimentos a que possam aceder os operadores mais ávidos por juízos subsuntivos (mas, é claro, sem jamais reproduzir a lógica estritamente cartesiana do direito moderno legal-formal, repleto de conformidades “*more geometrico*”). Ao inverter ou modular concreta e dinamicamente o ônus da prova (“*ex post legem*”), o juiz não o fará arbitrariamente, esgrimindo lugares-

²³⁹⁷ Por uma distribuição..., pp. 156-157. Como esplendidamente evidenciou, “[n]uma área em que os “factos” relevantes não se encontram previstos na lei, a “teoria” redundaria em pura arbitrariedade e fonte de desequilíbrio entre as partes, pela unilateralidade da “distribuição”” (p. 157); e, por conta disso — embora sem caminhar adiante na investigação de quais poderiam ser os critérios materiais que fundariam com maior especificidade a distribuição do ônus probatório —, sinaliza claramente a sua opção por um recuo nas “grandes narrativas” (o que nos remete ao §11º e à fragmentaridade da pós-modernidade), de que são espécies as teorias generalizantes. Percebe-se isso no elogio que faz a WAHRENDORF, a quem creditou “o grande mérito de querer fundamenta o ônus da prova por institutos, e não, de uma vez só, para a totalidade do sistema” (g.n.).

²³⁹⁸ Michele Taruffo, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, pp. 755-756. Para TARUFFO, o risco de arbítrio e manipulação, quando a repartição do ônus da prova é feita pelo juiz, “caso por caso e *ex post*”, seria incontornável e insuportável. Considerando-se, porém, o que registramos na nota n. 2396, concluir-se-á que, em um ambiente de renascimento da jurisprudência dos valores pela matriz do “pós-positivismo”, esse risco **já existe**, mantenha-se ou não a fé nas virtudes do regramento geral e abstrato daquela repartição. Cada vez mais se julga com base em *princípios*, em ensejos que dificilmente poderiam ser reduzidos ao modelo rosenberguiano ou a qualquer outro modelo estático-formal. Melhor será, portanto, desenvolver conceitos, discursos e rotinas que permitam a controlabilidade das decisões judiciais nesse novo ambiente. É o que propomos.

²³⁹⁹ Giovanni Verde, “L’inversione degli oneri probatori nel processo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, p. 720 (menos incisivamente).

comuns teóricos (“dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”) como salvo-condutos de manipulação; ao revés, aliará à argumentação jusfundamental, como causa eficiente da inversão/modulação, uma ou mais dessas tecnologias, adensadas em bom lastro teórico e reconhecidas pela “*communis opinio doctorum*”.

Elencam-se abaixo três dessas tecnologias²⁴⁰⁰, comumente empregadas nos julgamentos que “flexibilizam” o esquema rosenberg-chiovendiano de repartição formal-abstrata do “*onus probandi*”. A elas.

(1) O princípio da aptidão para a prova, que definimos há pouco (n. I). Tal princípio informa, p. ex., a racionalidade da Súmula n. 338 do C.TST, a da cancelada O.J. SDI-1/TST n. 301 (ônus da prova quanto ao FGTS) e provavelmente a do cancelamento da O.J. SDI-1/TST n. 215 (ônus da prova no vale-transporte), como também a dos julgados portugueses acerca da inversão do “*onus probandi*” nas ações de preferência (ac. STJ de 26.09.1991 e todos os similares).

(2) A tecnologia das constelações de indícios, pela qual a prova de um conjunto de fatos laterais tendentes ao fato principal (objeto da prova) satisfaz o respectivo “*onus*

²⁴⁰⁰ V., por todos, Elena Maria Catalano, “*Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1996, v. 51, n. 2, pp. 519 e ss.; Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, pp. 194 e ss. (citando PATTI, TARUFFO e a própria CATALANO). Das tecnologias que menciona, porém, algumas há que devem ser desde logo descartadas ou mitigadas. Assim, e.g., a **tecnologia da probabilidade quantitativa**, de origem estadunidense, que pretende ser um método de *racionalização e quantificação matemática* do nível de pertinência entre a prova produzida e os fatos alegados, expresso pelo chamado “**teorema de Bayes**”: $P(X/E) = P(E/X) \cdot P(X)/P(E)$, onde “X” e “E” são os eventos que se quer relacionar, “P(X/E)” é a probabilidade de um evento “X” dado um evento “E” e “P(E/X)” é a frequência estatística com a qual, dado “X”, verifica-se “E”. Poder-se-ia eventualmente aplicar essa tecnologia, no processo civil, para inverter o ônus da prova, mas jamais para excluí-lo absolutamente, porque desumaniza a justiça (Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, p. 198). Na prática, a tecnologia da probabilidade quantitativa já fundamentou condenações *criminais* perante cortes norte-americanas, como na corte de Los Angeles, com o célebre caso COLLINS (em que se admitiu como prova cálculos estatísticos que indicavam haver uma única possibilidade, sobre doze milhões, de que em um casal diferente dos COLLINS, mas com as mesmas características físicas narradas pela vítima — jovem branca, loira de cabelos presos em rabo de cavalo, com jovem negro e barbado em automóvel amarelo —, houvesse praticado o assalto). Outro modelo bem similar, mas sem a pretensão de apuro matemático, é a **tecnologia da probabilidade lógica** (dita “baconiana”), muito utilizada nos sistemas de “*common law*”: a partir de um procedimento de sucessivas tentativas lógico-argumentativas de destruição lógica da relação entre a prova produzida e a alegação (= “*method of eliminative reasoning*”), obter-se-ia solidez quanto à verdade dos fatos no processo; mas, ao invés de dados estatísticos, utilizar-se-iam, para aquela redução, as *máximas de experiência* e as *presunções hominis*. No fim, essa teoria acaba desafiando os mesmos defeitos da anterior: deformação da lógica jurídica e desumanização das decisões judiciais.

probandi”²⁴⁰¹; é a tecnologia por detrás da O.J. SDI-1/TST n. 233 (extensão presuntiva da jornada alegada), tendo ademais reconhecimento legislativo em alguns sistemas, como na Itália (artigo 4º, 5, da *Legge* 10.04.1991 n. 125²⁴⁰², sobre “*azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*”):

“5. Quando o requerente fornecer elementos de fato também derivados de **dados de caráter estatístico** relativos ao recrutamento, aos regimes retributivos, à atribuição de tarefas e qualificações, às transferências, à progressão na carreira e às demissões, **idôneos a fundar, em termos precisos e concordantes, a presunção de existência de atos ou comportamentos discriminatórios por motivo de sexo, incumbe o réu o ônus da prova sobre a insubsistência da discriminação**” (g.n.)²⁴⁰³.

Veja-se que, no caso italiano, não se cuida de mera *verossimilhança*, como — veremos — ocorre nas cortes estadunidenses e até mesmo nas brasileiras. Exige-se, ao revés, a demonstração de *dados concretos* (= *fato*) que, concordantes e precisos num certo sentido (= coerentes), funcionarão como constelação de indícios e imporão a inversão do “*onus probandi*”. No sistema italiano, há a lei; já não é assim no Brasil ou em Portugal (não naqueles termos). A despeito disso, as constelações de indícios podem e devem ser empregadas como tecnologias auxiliares de balizamento da argumentação jusfundamental para a inversão do ônus da prova. Isso, aliás, já tem acontecido, por exemplo quanto às inversões de carga probatória em ações relativas a assédio moral e sexual, em países como

²⁴⁰¹ Note-se que, conquanto sejam ideias próximas (v. Leonardo Xavier, *Imposição e inversão...*, pp. 205-206), as *constelações de indícios* não se confundem com as *presunções “hominis”* (ou *judiciais*), em ao menos dois aspectos: (1) enquanto as *presunções* em geral pressupõem um *fato-base* mais ou menos delimitado ou preconcebido, as *constelações de indícios* refletem uma *multiplicidade de fatos laterais* — amiúde ainda mais laterais que um *fato-base* presuntivo —, aferíveis quase inteiramente “*ex post*”, desde que *coerentes e convergentes*; e (2) as *presunções judiciais* têm regulação legal em algumas ordens jurídicas (e.g., artigo 351º do CC português), o que é bem mais incomum em se tratando de *constelações de indícios* (o que “*a priori*” confere ao aplicador do direito uma maior liberdade de utilização, desde que não se queira aplicar à espécie algum argumento de tipo “*ex minore, ad maiorem*”).

²⁴⁰² Em Xavier Leonardo, *Imposição e inversão...*, p. 206, aparece equivocadamente grafada como “Lei Italiana nº 5” (na verdade, 125).

²⁴⁰³ No original: “5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sulla insussistenza della discriminazione”.

Brasil²⁴⁰⁴ e França²⁴⁰⁵, como também, de certo modo, em Portugal²⁴⁰⁶, e com reflexos sentidos na Espanha²⁴⁰⁷.

²⁴⁰⁴ V., e.g., TRT 3ª Reg., RO n. 01302-2010-129-03-00-9-RO; *Suplemento LTr* 39/2006, pp. 308-309 (nota n. 2335, *supra*). V. também G. G. Feliciano, “Distribuição do ônus da prova no processo do trabalho”, pp.109-111.

²⁴⁰⁵ Na França, entende-se que “l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement. [...] Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement” (Isabelle Bourkhris, “La preuve et le harcèlement moral”, in *Le village de la justice*, 2005, disponível em <http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71> (acesso em 15.07.2012) ou em <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005 —g.n.). O preceito dispõe, com efeito, que “[e]n cas de litige relatif à l’application des articles L. 122-46 et L. 122-49 [harcèlement], le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d’un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles” (art. L 122-52 [g.n.]). Logo, há uma inversão do ônus probatório quanto ao fato principal (o assédio), mas para tanto o autor deverá fazer alguma prova; provará “elementos de fato que deixem [permitam] supor a existência de um assédio” (= constelação de indícios). Ou, na dicção do *Conseil Constitutionnel* (examinando preventivamente este exato preceito), “[...] les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d’établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu’elle présente au soutien de l’allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d’un harcèlement moral ou sexuel au travail [...]” (*Conseil constitutionnel*, *Décision* n. 2001-455 [g.n.]). Cf., ademais, Anne Orsay, “La notion de harcèlement moral trois ans après l’adoption de la loi du 17 janvier 2002”, in *Le village de la justice*, 2004, disponível em <http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71> (acesso em 15.07.2012). Acrescente-se que, sem essas medidas processuais, a tutela jurídica do trabalhador contra o assédio moral caminharia para a inanição. Isso porque, mesmo com elas, no ano de 2004, 85% das ações judiciais distribuídas ao *Conseil des Prud’hommes* de Paris alegavam algum tipo de assédio moral; dessas, somente 5% levaram a uma condenação por assédio, o que se explica “par l’abondance des plaintes qui rend plus difficile à faire passer le harcèlement avéré, les juges voulant éviter d’ouvrir une boîte de Pandore” (Orsay, *cit.*). Donde alguns concluírem que, “[d]ans la pratique, la présomption [rectius: a inversão] semble inefficace, imposant encore un fardeau trop lourd à la victime. De fait, même si elle partage le fardeau de la preuve entre le salarié et l’employeur, le salarié doit tout de même faire la preuve de la matérialité des éléments de fait. Pour ce faire, il est généralement nécessaire de faire entendre les témoins du harcèlement” (Julie Bourgault, “Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif?”, *Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail*, in *Santé, société et solidarité*, Québec, Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006, n. 2, p.113).

²⁴⁰⁶ Em Portugal, o Código do Trabalho define o **assédio** como “todo o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador” (artigo 29º, 1); logo adiante (n. 3), especifica o assédio sexual (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualifica no sistema penal brasileiro (= intuito de obter favor sexual, *ut* artigo 216-A do CP); e, para mais, equipara o assédio à discriminação para certos efeitos (artigo 29º, 3), seguindo de perto o pensamento norte-americano. Logo, alegada e fundamentada a circunstância de assédio baseado em fator de discriminação, pode-se bem concluir pela incumbência do empregador quanto ao ônus de provar que não há tratamento diferenciado, nos termos do artigo 25º, 5 e 6. No entanto, é certo que esse quadro hermenêutico parecia mais claro na redação do anterior Código do Trabalho português (Lei n. 99/2002), à luz dos artigos 24º e 23º, 3.

²⁴⁰⁷ Na Espanha, “M. LORENTE ACOSTA y J. A. LORENTE ACOSTA reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que la

(3) A tecnologia da “*Anscheinsbeweis*” (= prova por verossimilhança), importada do processo civil alemão, pela qual, em “casos-tipos” definidos por lei ou pela jurisprudência, bastará, para a satisfação do ônus probatório da parte, a mera *verossimilhança da alegação* (= plausibilidade, credibilidade, atributo do que parece ser verdadeiro ou tem condições de realmente ter acontecido), incumbindo à parte contrária provar que aquele fato não se verificou. Essa tecnologia, que usualmente tem em mira situações de aguda assimetria na comunidade processual e/ou pretensões materiais especialmente protegidas, foi no Brasil positivada pelo artigo 6º, VIII, do CDC (“... quando, a critério do juiz, for *verossímil* a alegação...”), podendo decerto ser aplicada em outras espécies litigiosas. No processo laboral brasileiro, tem sido intuitivamente aplicada para inverter o ônus da prova em ações civis acidentárias (nas quais, pelo acidente e/ou pela doença ocupacional, pede-se indenização civil ao próprio empregador — com base no artigo 7º, XXVIII, “*in fine*”, da CRFB —, *presumindo-se* o nexo de causalidade entre o trabalho e a lesão sofrida, se se tratar p. ex. de hipótese coberta pelo chamado *nexo técnico-epidemiológico* administrativo²⁴⁰⁸, ou mesmo como regra geral); também aparece, ademais, na já sedimentada jurisprudência que admite a inversão do ônus da prova da dispensa discriminatória, em se tratando de empregado soropositivo para HIV, e notadamente — mas não necessariamente — se o quadro era sintomático e já havia manifestações visíveis da doença (e.g., sarcomas de Kaposi). *In verbis* (e por todos):

“O despedimento injusto do empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, **presume-se discriminatório** e como tal não é tolerado pela ordem

conducta acosadora sea difícilmente probada, siendo comportamientos que son “fácilmente utilizables como chantaje”. Así, pues, la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista [...] proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondiera al demandante probar la inexistencia de conductas de acoso moral” (María Dolores Rubio de Medina, *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 45 [g.n.]).

²⁴⁰⁸ Cf. artigo 21-A, *caput*, da Lei n. 8.213/1991, com a redação da Lei n. 11.430/2006. *In verbis*: “A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de *nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID*, em conformidade com o que dispuser o regulamento” (g.n.).

jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração”²⁴⁰⁹.

Em sentido similar, invertendo o “*onus probandi*” quando das alegações do autor se deduz a existência de “*indicios fundados de discriminación*” (que, se derivam das próprias alegações, sequer precisaram ser provados) — seja em razão da raça, da etnia, da religião, das convicções, da deficiência, da idade ou da orientação sexual —, vejamos, na Espanha, os artigos 32 e 36 da *Ley n. 62/2003*, de 30 de dezembro (para o processo judicial civil e contencioso-administrativo). Ou, mais extensivamente (para todo o contexto europeu), a *Diretiva n. 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu artigo 4º; a *Diretiva n. 2000/78/CE*, de 27 de novembro (sobre igualdade de tratamento no emprego e na ocupação), no seu artigo 10; a *Diretiva n. 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu artigo 4º; e a *Diretiva n. 2000/43*, de 29 de junho (sobre a aplicação do princípio da igualdade de trato das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica), em seu artigo 8º. Em todos esses casos, bastará, para a inversão do ônus da prova (que se aponta à transposição legislativa dos Estados-membros), a mera *alegação* (ou *apresentação*) de fatos que permitam presumir a existência de discriminação direta ou indireta. Na dicção de ORMAZABAL SÁNCHEZ²⁴¹⁰,

“[s]e atendemos à literalidade do preceito, é plausível concluir que o legislador europeu não pretendeu utilizar o instituto das presunções em sua acepção técnica [...], ainda que literalmente utilize o termo ‘presunção’ nas referidas diretivas. Do contrário, o preceito resultaria, ao menos no direito espanhol, supérfluo, pois parece evidente que se o autor aporta fatos que permitem presumir o fato discriminatório correspondente, dito fato quedará fixado e procederá, sem mais, condenar o

²⁴⁰⁹ TRT 3ª Reg., RO n. 16691/1994, 3ª T., rel. LEVI FERNANDES PINTO, j. 26.07.1995 (g.n.). Trata-se de um dos arestos regionais *precursores*, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase vinte anos depois, já é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como vimos (*supra*, nota n. 2333).

²⁴¹⁰ Guillermo Ormazabal Sánchez, *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 134-135. No entanto, o autor compreende que “*el término ‘presumir’ o ‘presunción’ se entiende como equivalente a indicio o elemento que, sin probar ni permitir deducir lógicamente e lacto discriminatorio correspondiente, sugiere cierta verosimilitud o probabilidad en su comisión. La aportación de dichos indicios provocaría la inversión de la carga de la prueba [...]*”. A ser assim, se é ônus do autor *subministrar a prova preliminar de fatos indiciários* (e não apenas alegar de modo verossímil, a partir do que é “*ab ovo*” incontroverso), parece-nos que estaríamos no âmbito da tecnologia anterior (constelação de indícios), não na “*Ancheinsbeweis*”. E não é como entendemos esta hipótese, com todas as vênias.

demandado. Como também é evidente que o demandado poderá aportar provas para desvirtuar dita presunção, se esta não é do tipo *iuris et de iure*, coisa que não sucede no nosso caso”.

De fato, na verdade, o que está previsto é uma pura inflexão formal do encargo probatório em favor da parte que noticia, de modo verossímil, a lesão a um seu direito humano fundamental.

E é, de resto, como a jurisprudência norte-americana vem conduzindo a questão, também em matéria de alegação de práticas discriminatórias no emprego, na esteira do célebre *McDonnell Douglas Corporation v. Green* (411 U.S. 792)²⁴¹¹, precedente que remonta ao ano de 1973. Não há, portanto, regulação legal. Por aquele precedente, desde que sejam verossímeis as alegações do autor (pelo seu pertencimento a uma minoria, pela sua qualificação para o posto etc.²⁴¹²), pode-se reconhecer um “*prima facie case*”, incumbindo ao réu a prova de que as condutas e procedimentos corporativos pautaram-se por critérios objetivos e legítimos²⁴¹³.

²⁴¹¹ McDONNELL DOUGLAS, empresa do segmento aeroespacial sediada em St. Louis e adquirida pela BOEING, demitiu em 1964 o mecânico e técnico de laboratório PERCY GREEN, homem negro, durante um episódio de corte de pessoal. GREEN, ativista de movimentos de direitos civis, entendeu-se discriminado por sua cor e, juntamente com outros trabalhadores descontentes, iniciou uma série de protestos e bloqueios em detrimento da empresa. Ulteriormente aos incidentes, qualificado para uma vaga de mecânico que se abria na McDONNELL DOUGLAS, GREEN não foi admitido, agora com o argumento de que havia participado dos protestos anteriores e causado prejuízos à empresa. GREEN levou o caso à EEOC e à corte distrital, de cuja decisão recorreu para a *U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit* e, finalmente, para a *U.S. Supreme Court*, onde obteve ganho de causa por nove votos a zero. Em sua decisão, a *U.S. Supreme Court* registrou: “**1. A complainant's right to bring suit under the Civil Rights Act of 1964 is not confined to charges as to which the EEOC has made a reasonable-cause finding, and the District Court's error in holding to the contrary was not harmless since the issues raised with respect to 703 (a) (1) were not identical to those with respect to 704 (a) and the dismissal of the former charge may have prejudiced respondent's efforts at trial. 2. In a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, the complainant has the burden of establishing a prima facie case, which he can satisfy by showing that (i) he belongs to a racial minority; (ii) he applied a and was qualified for a job the employer was trying to fill; (iii) though qualified, he was rejected; and (iv) thereafter the employer continued to seek applicants with complainant's qualifications**” (g.n.). Na espécie, eram todos fatos desde logo incontroversos, o que tornava as alegações de GREEN verossímeis “*ab ovo*”.

²⁴¹² Aspectos que ora exsurgirão desde logo incontroversos, ora demandarão alguma prova. Em demandando provas, estaremos mais próximos da tecnologia das constelações de indícios, senão das próprias presunções judiciais (em se identificando, num bem definido fato a provar, a figura de um *fato-base* presuntivo).

²⁴¹³ George Rutherglen, *Employment Discrimination Law: visions of equality in theory and doctrine*, New York, Foundation Press, 2007, pp.35-54.

V. Assim, e pelo quanto apresentado, deve-se em síntese concluir, no caso brasileiro (mas extensível, com poucas adaptações de forma e referência, ao português), que:

(a) as regras do artigo 333 do CPC e do artigo 818 da CLT são *normas preceptivas “a priori”* (FERRAZ JR.²⁴¹⁴), mas *não são normas estritamente proibitivas* (tanto que admitem convenções processuais em contrário), pois sua “*ratio essendi*” e força de incidência não as classifica entre as normas constitucionalmente imperativas, ligadas à “*Wesenskern*” do devido processo formal (como se dá, p. ex., a do art.214 do CPC);

(b) vinculado que está ao “*substantive due process*” (proporcionalidade + capacidade normativa de aprendizagem), em casos especiais o juiz **pode** — desde que o faça *fundamentadamente e sob contraditório* (atual ou diferido) — esquivar-se do modelo estático rosenberg-chiovendiano, *modulando, mitigando, redistribuindo* ou mesmo *excluindo* o ônus da prova, para além da “ditadura do alegado” e da “*Normentheorie*”, e não apenas com base em *presunções* (artigos 334, IV, e 335 do CPC, Súmula 16 do TST etc.), mas também com base em *tecnologias específicas* reconhecidas pela “*communis opinio doctorum*” (e.g., aptidão para a prova, constelação de indícios, “*Anscheinsbeweis*” etc.); e

(c) dentre esses “casos especiais”, a classe mais evidente é a dos que reclamam inflexões do modelo abstrato de repartição do “*onus probandi*” para prestigiar pretensões materiais ligadas a *direitos humanos fundamentais* (individuais ou sociais), sendo essa jusfundamentalidade o “*leit motiv*” de grande parte das inflexões hoje consagradas na jurisprudência brasileira²⁴¹⁵;

²⁴¹⁴ Ferraz Jr., *Introdução...*, pp.125-126.

²⁴¹⁵ O que, aliás, vez por outra chega a ser muito claramente “intuído”. Veja-se, p. ex., o ac. TST, RR n. 49400-30.2004.5.04.0511, 6ª T., rel. Min. AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, in DJ 28.10.2010 (admitindo a inversão do ônus da prova, em sede processual laboral, quase exclusivamente sobre bases jusfundamentais). Do voto, vale transcrever o seguinte excerto: “[...] *em se cuidando de violação de direitos da personalidade, a inversão do ônus da prova quando há consistentes indícios dessa violação atende ao princípio da máxima efetividade e evita a exigência de prova impossível, não importando violação do art. 818 da CLT*” (g.n.). Não “viola”, de fato; *inflete*. Na precisa linha do que dizíamos: fundamentação constitucional-material (tutela de direitos fundamentais “*in tese*”) associada à tecnologia da constelação de indícios. Trata-se de um excelente precedente para a jurisprudência trabalhista brasileira.

(d) nessa exata medida é que as regras de repartição do ônus da prova não são apenas regras de julgamento, como por muito tempo se supôs, mas também *regras de procedimento*; e

(e) na base da Ciência do Direito, não há apenas uma *ética de princípios*, mas também uma *ética de responsabilidades* (WEBER²⁴¹⁶, ARENDT²⁴¹⁷); e na seara jurídica, como nas ciências em geral, “*nenhum procedimento sistemático de decisão, mesmo quando aplicado adequadamente, deve necessariamente conduzir cada membro de um grupo a uma mesma decisão*” (KUHN)²⁴¹⁸.

Daí, aliás, a advertência vital do próprio THOMAS KUHN, que a esta altura servirá como luvas para a nossa proposta de dinamização concreta da repartição do ônus probatório, encerrando o presente tópico: “*Não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria*”²⁴¹⁹. Há que se ter sempre em mente quais os escopos do sistema.

§30º. INFLEXÕES NO DIREITO DE PROVA (II). PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

I. Uma das “*vexatae quaestiones*” ancilares do direito processual segue sendo a questão dos **limites dos poderes instrutórios do juiz** — inclusive por ser, na praxe

²⁴¹⁶ Max Weber, “*A política como vocação*”, trad. Waltensir Dutra, in *Ensaio de sociologia*, H. H. Gerth, C. Wright Mills (org.), Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1982, pp.144 e ss. Há de ser assim, aliás, até mesmo porque “[a] política é feita, sem dúvida, com a cabeça, mas certamente não é feita apenas com a cabeça. Nisso os proponentes de uma ética dos fins últimos estão certos. Não podemos prescrever a ninguém que deva seguir uma ética de fins absolutos ou uma ética de responsabilidade, ou quando uma e quando outra” (p.151). E o ato estatal de julgar, seja como ato de poder, seja ainda na perspectiva sistemática que perfilhamos — convivente com os pré-entendimentos e sobretudo com a *sinépica* (*supra*, tópico 5.1, n. XII) —, é também um *ato político*.

²⁴¹⁷ V., e.g., Hannah Arendt, *Entre o Passado e o Futuro*, trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo, Perspectiva, 1992, *passim*. V. também Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, *passim*; e Franz J. Hinkelammert, “*Ética do discurso e ética de responsabilidade: uma tomada de posição crítica*”, in *Ética do discurso e filosofia da libertação: Modelos complementares*, Antonio Sidekum (org.), São Leopoldo, Editora Unisinos, 1994, *passim*.

²⁴¹⁸ Kuhn, *op.cit.*, p. 248.

²⁴¹⁹ *Idem, ibidem*.

forense, palco habitual de inflamadas contendas entre juízes e advogados. Também nessa sede, inflexões do devido processo formal — quanto ao princípio dispositivo e à inércia jurisdicional, p.ex. — são encontradiças, frequentemente em atos mais intuitivos que refletidos. Pense-se, *e.g.*, na frequente convocação de “testemunhas referidas” ou de “testemunhas do juízo” no processo laboral brasileiro, à revelia da vontade das partes, mas a bem da “verdade real”; ou, ainda, na produção de provas emprestadas “*ex officio*”, antecipando-se à produção das provas orais (e até as indeferindo, mesmo se requeridas, porque despiciendas em virtude daquelas — v., *supra*, nota n. 2232); ou na produção de provas periciais incidentais (*e.g.*, a prova pericial grafotécnica, após a testemunha negar ter assinado o instrumento contratual, ou a prova pericial contábil, após a empresa ter negado a apropriação das gorjetas); a colheita oficial de provas orais sobre fatos incontroversos nos autos; ou, enfim, a exigência de prova pericial técnica, em razão da natureza da matéria, mesmo após a revelia do demandado. Observe-se que, nesses episódios, não se trata de mero *impulso oficial*, mas de genuína *iniciativa*²⁴²⁰. Ora bem, essas incursões do magistrado no âmbito da prova a produzir são legítimas?

Para responder à indagação, é necessário primeiramente identificar quais são os poderes do juiz no processo, mapeando o terreno temático. Depois, examinar — e, se possível, refutar — os principais argumentos daqueles que, curvando-se ao pensamento ortodoxo, não admitem quaisquer poderes instrutórios que extravasem os lindes da vontade das partes. E, por fim, se superadas as objeções dos detratores, explicitar quais seriam os limites mais incontestáveis para o exercício de tais poderes instrutórios. Ao trabalho.

II. Quais são, de regra, os *poderes* do juiz no processo? Tomando-se por norte o conceito de jurisdição que temos aqui empregado (*supra*, tópico 10.4.1, n. III, e nota n. 945), com ênfase em sua *função de tutela efetiva* dos direitos materiais, haveríamos que partir dos cinco *objetivos* (ou *funções*) da Magistratura contemporânea, que são, no dizer de

²⁴²⁰ Para a diferenciação entre impulso e iniciativa, v., por todos, Xavier Abel Lluch, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2005, pp.46-51.

L. F. GOMES²⁴²¹, cinco: **(a)** solucionar litígios; **(b)** controlar os demais poderes constituídos; **(c)** autogovernar-se (inclusive com autonomia administrativa e financeira, como modo de assegurar a independência de seus membros); **(d)** tutelar direitos, garantias e liberdades fundamentais (função “adquirida” na contemporaneidade, a partir de meados do século XX, quando os entendimentos se desligam lentamente da figura do juiz liberal-moderno) — v., *supra*, §23º); e **(e)** guardar o Estado Democrático de Direito constitucional (outra “aquisição” contemporânea; v. em Portugal, *e.g.*, o artigo 2º da Lei n. 03/1999, de 13 de janeiro, sobre os conteúdos da função jurisdicional: “*reprimir a violação da legalidade democrática*”). Ainda que o processo judicial geralmente cuide de questões e controvérsias muito mais prosaicas, é certo que, a seu modo e proporção, a atuação do juiz deve refletir os grandes objetivos do Poder Judiciário; do contrário, não haveria uma genuína *instituição*, mas uma mera coletividade de juízes, como houve na Idade Média, sem quaisquer compromissos objetivos entre si ou com o próprio povo de que emana o poder exercido (artigo 1º, par. único, da CRFB; artigo 3º, 1, da CRP). Daí porque, afinal, o juiz não pode decidir mecanicamente, por meros juízos de subsunção, sem minimamente ponderar sobre as consequências de suas decisões e/ou sem embasá-las nos princípios que fundam a ordem jurídica em que está inserido. Se o fizesse, bem cumpriria a primeira, a terceira e talvez a segunda função; mas já não cumpriria a contento a quarta e a quinta funções, que reclamam abordagens mais críticas e holísticas²⁴²².

Pois bem. A partir daquela perspectiva maior, que insere o juiz no seu contexto constitucional, é que devem ser pensados os poderes do juiz. Fixemos, por ora, o nosso pressuposto. E passemos à especificação de tais poderes.

²⁴²¹ Luiz Flávio Gomes, *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 22-23. V. também Bento Herculano Duarte, *Poderes do juiz do Trabalho: Direção e protecionismo processual*, São Paulo, LTr, 1999, pp. 38-40.

²⁴²² No Brasil, a “missão” do Poder Judiciário foi definida pela Resolução n. 70 do CNJ, de 18.09.2009, que trata do planejamento estratégico da Justiça brasileira. Lê-se, no artigo 1º, I a III, qual a sua **missão** (“*realizar justiça*”), qual a **visão** que almeja para si (“*ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social*”) e quais os seus **atributos** de “valor judiciário” para a sociedade civil (credibilidade, acessibilidade, celeridade, ética, imparcialidade, modernidade, probidade, responsabilidade socioambiental e transparência). É, pois, naquela expressão de valor — “realizar justiça” — que vamos identificar todos os cinco objetivos acima apontados, integrantes de uma concepção abrangente e sistemática de “justiça” em sentido material.

Ao tratar do conteúdo do poder jurisdicional, CHIOVENDA²⁴²³ distinguiu três classes bem diferenciadas: as “faculdades” ou poderes de *decisão* — que compreendem o poder de *decretar* ou *ordenar* (i. e., “*prover o quanto se pediu para o desenvolvimento do processo*”); os poderes de *coerção* (com especial papel na fase de execução, mas também fora dela, para “*remover coercitivamente os obstáculos que se interponham ao exercício de sua função*”²⁴²⁴); e os poderes de *documentação* (inclusive com fé pública). No Brasil, com maior minudência, tradicionalmente se elencam os seguintes poderes judiciais (PEREIRA BRAGA²⁴²⁵):

- os poderes de inspeção (que vão desde a inspeção estritamente processual — *e.g.*, aferir os pressupostos processuais, a capacidade processual das partes ou as objeções processuais em geral — até a própria inspeção instrutória, *ut* artigo 440 do CPC brasileiro e artigo 612º do CPC luso);
- os poderes de concessão ou recusa (assim, *e.g.*, quanto a prazos e oitivas);
- os poderes de abreviação (que convergem para o direito fundamental à razoável duração do processo; assim, p.ex., quando se indeferem diligências inúteis ou se concentram atos processuais);
- os poderes de nomeação (*e.g.*, de peritos, tradutores e advogados dativos);
- os poderes de repressão (para a punição de litigantes de má-fé, ou de condutas anticonoperativas, ou ainda — onde se admite — de “*contempt of court*”);
- os poderes de apreciação da prova (que se resume, basicamente, no poder-dever de livre convencimento motivado, projetando-se no plano dos fatos);
- os poderes de iniciativa (*e.g.*, o de cumulação ou desmembramento de ações, ou de citação do litisconsorte — onde se admite a citação “*iussu iudicis*”²⁴²⁶ —, ou de

²⁴²³ *Principios...*, t.I, pp.492-500.

²⁴²⁴ *E.g.*, coerção para a exibição de livros e documentos, requisição da força pública (policial) para remover a resistência ilegal das partes ou de terceiros ao cumprimento dos atos legitimamente ordenados, convocação de testemunhas e, para mais, o *poder de policía en audiencia*, pelo qual “*los presentes (partes, abogados, extraños) están sujetos al poder de quien la preside [a audiência], que puede amonestar a los contraventores, expulsarlos, imponerles arrestos hasta veinticuatro horas*” e outras medidas próprias do direito processual italiano naquele tempo. No Brasil de hoje, veja-se o artigo 445, I a III, do CPC.

²⁴²⁵ Antônio Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Max Limonad, 1942, v. 1, pp. 110 e ss.

²⁴²⁶ Infactível no Brasil, “*ex vi*” do artigo 47, par. único, do CPC (“*a contrario sensu*”).

cautela “*ex officio*”, ou ainda — a nos interessar mais de perto — o de requisitar ou produzir provas “*ex officio*”).

Os chamados “poderes instrutórios”, como se vê, não são autonomizados nessa proposta classificatória; distribuem-se entre os poderes de concessão ou recusa, os de inspeção, os de nomeação e os de iniciativa. Chama a atenção, de outra parte, que não esteja aparente, entre os poderes desse elenco, qual(is) se exercitaria(m) para obter a *satisfação* do direito material reconhecido (= execução). Por isso, para os propósitos deste tópico, velerá optar pela classificação mais ordinária, que se cinge aos *poderes ordinatórios* ou *instrumentais*, aos *poderes instrutórios* e aos *poderes finais* (decisórios e executórios)²⁴²⁷. Como a classificação anterior, tampouco essa é perfeita (discutir-se-ia, p. ex., onde se enquadrariam os poderes cautelares, se nos instrumentais ou nos finais); e nem talvez exauriente. Mas didaticamente atende melhor ao que pretendemos desenvolver.

Como se sabe, o *poder estatal* jamais é arbitrário ou despótico; deve ligar-se às *funções* do Estado. Não poderia ser diferente com o *poder jurisdicional*, raiz primeira de que emanam todos os poderes judiciais exercitáveis no processo. O poder jurisdicional é genuíno *poder político*, com todos os seus atributos — a exclusividade, a universalidade (nos lindes da territorialidade), a inclusividade²⁴²⁸ —, mas não pode ser oninclusivo (ou não corresponderia ao Estado Democrático), como não pode ser ilimitado (ou não corresponderia ao Estado de Direito). Nem tampouco pode ser um fim em si mesmo²⁴²⁹. Com efeito, sendo espécie de “*potestas*” em acepção carneluttiana — i. e., “*potência de comandar para a tutela de um interesse alheio*” —, o poder jurisdicional é de tipo *obrigatório* (e não *livre*, como seria a “*potestas*” legislativa), desde que provocado; e,

“se é verdade que, pelo lado da sua eficácia, ela [a “*potestas*”] é sempre superior à faculdade, já que não é só um *agere licere*, mas um *iubere licere*, pelo lado da liberdade, a relação é, por sua vez, inversa: mais do que raros são os casos em que a *potestas* se resolva também em um *licere*, pois **a maior parte das vezes trata-se de**

²⁴²⁷ Bento Herculano, *op.cit.*, p. 40.

²⁴²⁸ Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 166.

²⁴²⁹ *Idem*, p. 160.

um *debere*, no sentido de que deve ser exercida e até mesmo exercida de certo modo”²⁴³⁰.

Dessarte, a “*potestas*” jurisdicional — e, por extensão, os poderes judiciais que dela decorrem — é também um *dever* (*supra*, tópico 7.3.3, n. V): existe para um fim e deve ser articulada com as missões constitucionais do Poder Judiciário. Nessa medida é que, voltando ao escólio de L. F. GOMES e descendo à concretude dos poderes judiciais específicos, pode-se reconhecer que (a) os poderes ordinatórios e instrutórios não devem servir ao fetiche da forma, mas ao propósito primeiro de pronto, amplo e efetivo resguardo das pretensões materiais em jogo, especialmente se detêm nota de jusfundamentalidade (direitos, liberdades e garantias fundamentais); (b) nessa medida, naquilo que diz com exceções ou objeções processuais que possam prejudicar o desenvolvimento válido e regular do processo, os poderes de inspeção devem ser sobretudo combinados com os poderes de iniciativa e de concessão (i.e., o juiz deve prioritariamente *sanear* ou *conceder prazo para o saneamento* de eventuais vícios processuais, *colimando sempre a decisão de mérito*), e menos com os poderes de abreviação (mesmo porque processo rápido e inefetivo — extinguir a instância ao primeiro obstáculo — é desperdício de esforços e verbas); (c) os poderes finais devem ser exercidos com vista à efetivação dos conteúdos da sentença de mérito, com alguma liberdade criativa, relegando-se o contraditório, nesta fase (execução ou cumprimento de sentença), a um papel subalterno.

Não é incomum, ademais, que o próprio legislador infraconstitucional seja sensível a tais articulações, destinatário que é, tanto das emanções da *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais (entre os quais o direito ao devido processo legal — e, portanto, à tutela judicial efetiva) como do próprio caráter normogenético das normas-princípios.

No Brasil, essa influência sentiu-se sobretudo na esfera laboral. Mais antiga que o CPC em vigor, a CLT avançou bem mais que o estatuto processual civil e positivou, em seu artigo 765, a regra segundo a qual “[o]s Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo

²⁴³⁰ Francesco Canelutti, *Teoria Geral do Direito*, trad. Antônio Carlos Ferreira, São Paulo, LEJUS, 1999, pp. 272-275.

determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. Como vimos em outro momento, essa regra reflete muito claramente a *condição sociológica típica* dos litígios trabalhistas (autor hipossuficiente econômico, documentos lavrados em situação de dependência econômica, infactibilidade de contraprovas não orais), bem como os próprios princípios e conceitos de direito material que regem o Direito do Trabalho (respectivamente, o princípio da primazia da realidade — que tem como consectário o “princípio da verdade real”, como visto no tópico 23.2, n. III — e a ideia do contrato de trabalho como “contrato-realidade”). O processo do trabalho não perde, com isso, o seu caráter dispositivo, como se verá; não obstante,

“[o] reconhecimento deste fato [...] não impede que se possa sustentar, com apoio na lei em vigor, a possibilidade de o Juiz do Trabalho tomar a iniciativa de determinar, em certas hipóteses, que a parte produza prova dos fatos alegados. [...] Observe-se que não estamos asseverando que o juiz possa (ou deva) produzir a prova — o que seria um absurdo; afirmamos, sim, que o julgador pode, desde que entenda necessário para a formação do seu convencimento jurídico, ordenar que a parte faça vir aos autos a prova de serem verdadeiros os fatos narrados”²⁴³¹.

Discordamos, apenas, da parte final. O juiz do Trabalho poderá, sim, *até mesmo* produzir a prova (*e.g.*, designando “*ex officio*” a perícia, ou convocando, como testemunha do juízo, a testemunha de cuja oitiva a parte desistiu), desde que lhe pareça necessário para o esclarecimento de fatos pertinentes, relevantes e controvertidos. É o que decorre da letra expressa do artigo 765 da CLT — que, nessa parte, não desnatura, mas *inflexa* o princípio dispositivo. E é o que tem acontecido diuturnamente na Justiça do Trabalho brasileira.

Mais moderadamente, outros sistemas nacionais têm reconhecido poderes instrutórios ao juiz, inclusive no processo civil²⁴³². Vejam-se, *e.g.*, os artigos 115 e 281 do *Codice di Procedura Civile* italiano²⁴³³, o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*

²⁴³¹ Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v.II, p. 988.

²⁴³² Como também há sentidas resistências, como em França. V. artigo 146 do *Code de Procédure Civile*.

²⁴³³ Com severas limitações. *In verbis*: “**Art. 115 (Disponibilità delle prove)**. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di

espanhola²⁴³⁴ e os próprios artigos 264º, 3, e 266º do CPC português²⁴³⁵. Em nenhum caso, porém, há a abrangência do artigo 765 da CLT: ora se autoriza apenas a repetição das provas já requeridas, ora se limita a possibilidade às outorgas legais específicas, ora ainda se admite a atividade instrutória do juiz em caráter meramente complementar (como em geral se admite, na doutrina, sob o regime do CPC brasileiro, “*ex vi*” do artigo 130²⁴³⁶). Na atuação *ex* artigo 765 da CLT, ao contrário, a atividade probatória do juiz pode ser *nova, geral e principal*, desde que não escape dos limites do litígio.

E, de fato, a confirmar que os amplos poderes instrutórios conferidos especialmente ao juiz do Trabalho derivam da própria *materialidade subjacente* à espécie processual (lide sociológica típica, princípios materiais etc) — como temos sustentado —, releva observar que em Portugal, igualmente, o processo laboral autoriza aos tribunais um poder de iniciativa probatória (artigo 35º, 2²⁴³⁷) que não se identifica no CPC, ao menos literalmente.

prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”; “Art. 281 (Rinnovazione di prove davanti al collegio). Quando ne ravvisa la necessità, il collegio, anche d’ufficio, può disporre la riassunzione davanti a sè di uno o più mezzi di prova”.

²⁴³⁴ *In verbis: “Art. 282. Iniciativa de la actividad probatoria. Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. V. também o artigo 429, 1, do mesmo diploma (sobre os poderes do tribunal para indicar os fatos que, a seu juízo, poderão ser afetados pela insuficiência probatória, além de indicar aquelas provas que entende convenientes, “*ciñendose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos*”).*

²⁴³⁵ *In verbis: “Art. 264º. (Princípio dispositivo). [...] 3. Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório”; “Art. 266º. (Princípio da cooperação). [...] 2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519.º. 4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”. Para a interpretação desses preceitos conforme a doutrina portuguesa, cf. respectivamente o §17º e o tópico 27.2.2.*

²⁴³⁶ *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Como se vê, o texto de lei permitiria uma interpretação bem mais ousada e abrangente. É o que faz o paulista BEDAQUE, ainda que minoritariamente, no contexto doutrinal brasileiro. V. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, *passim*.*

²⁴³⁷ *“Art. 35.º Meios de prova. 1 - As partes podem apresentar qualquer meio de prova, salvo se o despedimento tiver sido precedido de processo disciplinar, caso em que apenas é permitida a apresentação*

E, da mesma forma, também na Itália (que sequer manteve o seu ramo especializado em causas trabalhistas), tem-se por adquirido que o processo do trabalho assegura ao juiz laboral uma *amplíssima liberdade* na atividade probatória, como se lê no artigo 421, 1, do CPC italiano²⁴³⁸ e como tem reconhecido a própria *Corte Suprema di Cassazione*²⁴³⁹.

III. A essa altura, cabe uma necessária reflexão teórica, que parte das razões pelas quais tradicionalmente se entende que o juiz não pode, como regra, desempenhar funções instrutórias de ofício. Esgrime-se com o primado da *isonomia* entre as partes, que se tinssem com a atividade probatória do juiz; com o seu dever de *imparcialidade*, igualmente comprometido quando investiga ele próprio, à revelia das partes, os fatos da causa; e, por fim, com o próprio *princípio dispositivo*, que restaria violado se o juiz age de ofício para produzir provas. Mas assim não nos parece.

Quanto à *isonomia*, toca dizer que uma visão de processo adequada aos objetivos indicados *supra* (n. II) não pode prescindir de uma correta calibração de critérios, atentando à distinção aristotélica entre justiça corretiva e distributiva (ou, respectivamente, igualdade aritmética e geométrica — v., *supra*, a nota n. 177). Cabe reportar aqui tudo o que foi examinado nos §§22º e 23º. A justiça corretiva ou comutativa, que se alcança em um sistema “aritmético”, nasce da vontade abstrata da lei, quando pressupõe — como de regra deve pressupor — os homens iguais entre si, para então regular, sob tal pressuposto, as suas “transações”. Indaga-se apenas se um comete e outro sofre determinada injustiça; e, uma

de prova documental. 2 - O tribunal pode, oficiosamente, determinar a produção de outras provas que considere indispensáveis à decisão” (g.n.).

²⁴³⁸ In verbis: “**Art. 421 (Poteri istruttori del giudice).** Il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti. **Puo' altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti.** Si osserva la disposizione del comma sesto dell'articolo 420. Dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessario al fine dell'accertamento dei fatti, e dispone altresì, se ne ravvisa l'utilità, l'esame dei testimoni sul luogo stesso. Il giudice, ove lo ritenga necessario, può ordinare la comparizione, per interrogarle liberamente sui fatti della causa, anche di quelle persone che siano incapaci di testimoniare a norma dell'articolo 246 o a cui sia vietato a norma dell'articolo 247” (com a redação da Legge n. 112, de 25.06.2008 [g.n.]).

²⁴³⁹ Cass. Civile, j. 17.06.2004, n. 11353 (Capodivento v. Rete Ferroviaria Italiana spa). In verbis: “*In questa sede va, dunque, ribadito che i poteri d'ufficio del giudice del lavoro possono essere esercitati pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa*” (g.n.). Já não se entende assim quando se cuida do processo civil “in genere”.

vez verificada, corrige-a o juiz, restabelecendo a igualdade pressuposta na lei e buscando o meio-termo²⁴⁴⁰ entre a perda e o ganho. A justiça corretiva tanto valeria, na expressão de ARISTÓTELES, para as “transações voluntárias” (dir-se-ia, hoje, dos atos jurídicos) como para “transações involuntárias” (dir-se-ia, hoje, dos atos ilícitos, inclusive os penais)²⁴⁴¹. Por outro lado, a justiça distributiva, em que a igualdade se mede por um sistema “geográfico” (= de proporções), lida com partes concretamente desiguais na relação, geralmente unidas por vínculos de subordinação. Daqui brota o ainda atual e comuníssimo aforismo do “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. ARISTÓTELES via-a nas distribuições meritocráticas da pólis (honras, dinheiros e cargos)²⁴⁴²; mas, do mesmo modo, deve informar a distribuição da justiça, e bem assim o seu principal instrumento (o processo), quando a assimetria entre as partes pode prejudicar os próprios escopos do sistema processual — que, insista-se, já não é a mera pacificação social: não se busca *qualquer* decisão, mas uma decisão *de mérito* (i. e., relativa às questões fáticas e jurídicas de fundo) que tutela efetivamente pretensões jurídico-materiais legítimas.

Não se trata, portanto, de um padrão antigo ou superado. Detém insuperável contemporaneidade; e pressupõe aptidão para discernir pessoas, classes e estados em meio à *pluralidade* e à *fragmentaridade* (*supra*, §11º). Numa expressão, *visão holística*. Nesse sentido é que AMARTYA SEN²⁴⁴³, nobel de Economia em 1998, ao cuidar das *capacidades* (capacidades pessoais e capacidades de grupos²⁴⁴⁴) como “materiais de Justiça”, observa que nem sempre as capacidades podem ser medidas com a mesma régua (sequer nas ponderações). *In verbis*:

²⁴⁴⁰ Na filosofia aristotélica, o “meio-termo” é geralmente visto como a sede da virtude humana, i. e., o ponto médio entre o excesso e a falta nas condutas humanas.

²⁴⁴¹ Aristóteles, *Ética...*, p. 110.

²⁴⁴² *Idem*, p. 109.

²⁴⁴³ Amartya Sen, *A ideia de Justiça*, trad. Nuno Castello-Branco Bastos, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 311 e ss. (e a “perspectiva da capacidade”). O autor, cuja abordagem mereceu de alguns o adjetivo de “neoaristotélica”, tornou-se conhecido por criticar acidamente as teorias utilitaristas e reivindicar um sentido *ético* para a Economia, com base, entre outros elementos, na “heterogeneidade básica dos seres humanos”.

²⁴⁴⁴ *Idem*, p. 334. Daí porque, no Direito do Trabalho, é possível discutir, p. ex., a necessidade de se estender efeitos do princípio da proteção — pano de fundo das relações individuais — também às relações coletivas, desde que a equipotência formal entre as categorias ou grupos representados não resista à concretude da análise casuística. Pense-se, *e.g.*, no caso de categorias profissionais representadas por sindicatos “pelegos” ou “brancos”: demonstrada a disparidade de “capacidades” no plano da negociação coletiva e a subserviência de um sindicato aos interesses da empresa, com prejuízos sentidos para os trabalhadores, as cláusulas acordadas não poderiam ser sindicadas em juízo? Acreditamos que sim.

“No âmbito de uma avaliação social, é importante realçar a conexão existente entre uma argumentação de tipo público e a escolha e pesagem (ou ponderação) das capacidades. Isto mostra também como é absurdo um argumento por vezes apresentado e segundo o qual, a perspectiva da capacidade só será aplicável — e ‘operacional’ —, se vier equipada com um ‘dado’ conjunto de pesos relativamente às distintas funcionalidades, a ser previsto num qualquer tipo de lista fixa com o rol das capacidades relevantes. **A busca de pesos já dados ou pré-determinados não só é desprovida de fundamentação conceptual, como também desconsidera o facto de que as valorações e os pesos que irão ser usados podem ser razoavelmente influenciados pelo nosso escrutínio continuado e pelo alcance que venha a ter a discussão pública em causa.** Ora este modo de ver as coisas seria **difficilmente conciliável com o emprego inflexível de pesos predeterminados, a fazer-se de modo não contingente.** [...] Por exemplo: para se mostrar que a escravatura reduz drasticamente a liberdade dos escravos, ou que a ausência de qualquer tipo de garantia de assistência médica vem cercear as oportunidades substantivas de subsistência e do modo como se vive, [...] para mostrar tudo isso, não é preciso que usemos um conjunto único de pesos que seja aplicável às diferentes dimensões que vão envolvidas nesses juízos. Uma gama ampla de pesos não completamente congruentes também seria capaz de gerar princípios-guia muito semelhantes entre si que abrangessem as questões principais. [...] A perspectiva da capacidade é perfeitamente conciliável com a utilização de graduações parciais e de acordos limitados [...]. **A principal tarefa consiste em fazer tudo para que cheguemos a juízos comparativos acertados que dêem conta do recado [...]**”²⁴⁴⁵.

Ou ainda, um século e meio antes, com MARX²⁴⁴⁶:

²⁴⁴⁵ Sen, *A ideia...*, pp. 331-333 (g.n.). Adiante, SEN refutará ainda as críticas de que o seu ponto de vista — sintonizado com a ideia de uma justiça “distributiva” (ou “equitativa”) e não meramente corretiva — encaminharia um novo “individualismo metológico”: a perspectiva que propõe (das capacidades), pela qual a *liberdade efetiva* é representada pelas *capacidades* que as pessoas têm (e é onde, portanto, podem ou não se igualar), não acata qualquer dissociação entre pensamentos, escolhas e ações individuais e a sociedade em que surgem; ao contrário, “a sua preocupação com a aptidão que as pessoas tenham para viver o tipo de vida que, por alguma razão, consideram valioso acaba também por carrear várias influências de tipo social, seja no que toca aos objetos que as pessoas poderão considerar valiosos [...] seja no que toca a saber quais são as influências exercidas sobre os seus valores (por exemplo, a relevância das argumentações públicas nas suas apreciações individuais)” (pp. 334-335). Na linha daquilo que agora nos toca mais de perto, porém, ler-se-á com maior clareza em outra obra: “a consideração igual de todos pode demandar um tratamento muito desigual em favor daqueles em situação de desvantagem” (cf. Amartya Sen, *Inequality reexamined*, Nova York/Cambridge, Russel Sage Foundation/Harvard University Press, 1992, pp. 09-11).

²⁴⁴⁶ Karl Marx, *The Critique of the Gotha Programme*, London, Lawrence & Wishart, 1938, pp. 21-22. O texto original é de 1875. AMARTYA SEN — que reproduz o excerto — reforça: “Os seres humanos

“indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diferentes, se não fossem desiguais) só serão mensuráveis à luz de um igual padrão na medida em que sejam submetidos a um ponto de vista igual, não sendo apenas vistos a partir de um *determinado* lado, por exemplo, no presente caso, na medida em que [não] sejam vistos *apenas* como trabalhadores, e nada mais se veja neles, ignorando, pois, todo o resto”.

Há que considerar, portanto, a *integridade* da situação em causa, quando a sua concretude colocar em xeque o “pressuposto” da igualdade formal. Na fenomenologia dos processos judiciais, haverá situações em que, por debilidade econômica (*e.g.*, nas perícias técnicas com adiantamento de honorários ou risco de sucumbência nos honorários finais) ou mesmo por debilidade ou negligência técnica (o que pode ocorrer, *e.g.*, na atuação de causídicos dativos, inexperientes ou “massificadores” de ações, geralmente mais acessíveis), as partes processuais — embora ambas representadas por advogados — não podem ter suas capacidades medidas pela mesma régua ou com os mesmos pesos. Não estão em posição de igualdade. Nesses casos, a iniciativa probatória do juiz tende a ser precisamente o elemento que *recupera* a isonomia entre elas, neutralizando os efeitos funestos da hipossuficiência econômica no resultado do processo. Logo, não arranha o princípio da igualdade; ao contrário, *realiza-o*, desde que o entendamos (o princípio) compreensivo das duas formas aristotélicas de justiça. É o que, afinal, está na base da maior “abertura” legislativa para os poderes instrutórios do juiz no processo laboral, como se vê no Brasil (artigo 765 da CLT), na Itália (artigo 421, 1, do *Codice di Procedura Civile*)

individuais, com as suas identidades plurais e variadas, múltiplas filiações e associações diversas, são, na sua quinta-essência, criaturas sociais com diferentes tipos de interações sociais. As propostas no sentido de se olhar para uma pessoa apenas como membro de um certo grupo social tendem a basear-se numa compreensão desajustada da amplitude e complexidade que caracteriza qualquer das sociedades existentes no mundo” (A ideia..., p. 338). Na crítica a essa leitura que SEN faz de MARX — aparentemente por ser, afinal, uma leitura pouco “marxista” —, ver, por todos, José Maurício Domingues, “Amartya Sen, a liberdade e o desenvolvimento”, in *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, mar./2003, n. 65, pp. 59-60 (nota n. 11). *In verbis*: “Sua leitura implica que Marx não estivesse preocupado com as classes, mas com a diversidade humana em geral. Sen não menciona a necessidade, para Marx, de manter-se a igualdade formal durante a fase socialista de transição e, pior ainda, sugere implicitamente a transposição da discussão de Marx sobre o fim da igualdade no comunismo para a sociedade capitalista moderna, obviamente sem assinalar as gritantes diferenças de contexto. De novo, é a equidade que se destaca na concepção de Sen acerca da justiça, ao passo que a perspectiva de Marx pode ser entendida somente como calcada no próprio fim da justiça, além do que é projetada como a possibilidade de alcançar-se a liberdade verdadeira; enquanto permanecemos nos limites do socialismo, logo da modernidade, a igualdade formal não deveria ser perdida de vista. Isso não significa necessariamente, creio, que não possamos nos beneficiar de esquemas com um viés favorável aos menos afortunados e nos quais desigualdades severas e arraigadas podem ser destarte combatidas”.

e em Portugal (artigo 35º, 2, do CPT). Como pode ser, igualmente, a “*ratio iuris*” jusfundamental para inflexões judiciais concretas de mesmo cariz.

Para além disso, ademais, a própria concepção do processo como “*Arbeitsgemeinschaft*” (na esfera jurídico-processual), convergindo para a ideia de “*Kampf ums Recht*” (na esfera jurídico-política) e para os consequentes “*Wahrheitspflichten*” processuais, conferem ao juiz, pela dimensão publicística da relação processual, poderes diretivos que não se limitam pelos atos processuais das partes, mas antes lhes dão suporte, complemento e extensão, a bem do princípio da cooperação processual (que coliga, para os fins do processo, as partes e também o juiz). Daí que sequer se trata de uma preocupação exclusivamente atrelada ao mister de equalização das condições do litigante mais débil. Diz também com um interesse maior, de ordem pública geral²⁴⁴⁷.

Quanto à *imparcialidade*, remetemos o leitor ao que se apurou no tópico 5.2, como também aos próprios argumentos apresentados. O juiz imparcial não é — e nem pode ser — “neutro”, no sentido de ignorar as condições reais do processo e dos seus atores, desde que reveladas nos autos. No dizer de CHIAVARIO²⁴⁴⁸, é comum reconduzir os princípios da independência da Magistratura e da imparcialidade do juiz a uma sorte de “absoluta exigência de neutralidade do juiz”, seja como órgão, seja como pessoa natural (indivíduo humano), chegando-se ao limite do envolvimento — e da limitação — das próprias condutas pessoais do magistrado singular (proibindo-lhe, p.ex., a manifestação de qualquer opinião ideológica ou política). Tal censura, sobre consubstanciar uma fonte de injustificada limitação das liberdades do indivíduo, “*arrisca-se a tornar-se uma capa de verdadeira e própria mistificação*”. Afinal, o próprio sistema jurídico exigirá de seu agente a integração de valores no ato de julgar, cuja leitura dependerá também de suas opções ideológicas e/ou políticas. Pense-se, e.g., nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, tão comuns nos textos legislativos da “era dos estatutos”²⁴⁴⁹ (e.g., “função

²⁴⁴⁷ Bruno Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1991, pp.74-75 (traçando suas premissas histórico-críticas e citando, entre outros, F. LENT e F. v. HIPPEL).

²⁴⁴⁸ Chiavario, *Processo e garanzie...*, pp.69-72.

²⁴⁴⁹ Cf. Gustavo Tepedino, “*Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*”, in *Temas...*, p.08. Na “era dos estatutos”, privilegia-se a *transversalidade legislativa*: setores inteiros foram retirados ou afastados do Código Civil e do Código Penal, p.ex., para merecerem tratamento específico e

social” do contrato, da propriedade e da empresa, “probidade” e “boa-fé objetiva” na celebração e na execução dos negócios jurídicos, “ato de incontinência” no emprego, “atos contrários à moral e aos bons costumes”, “falta grave” etc.). Vamos, aliás, adiante de CHIAVARIO (*supra*, tópico 21.1, n. I), para propor que essa “diversidade” de visões de mundo, que depois se afunila naturalmente nos escaninhos do “*procedural due process*” (e.g., sistemas recursais), é uma coluna estrutural do *gradiente democrático* do Poder Judiciário — que, como visto, tem um atávico compromisso com o Estado Democrático de Direito (e, logo, com a Democracia), embora pouco aparente nos *modos de ingresso* (de regra meritocráticos, notadamente nos países de tradição romano-germânica, em que não há eleições populares para as magistraturas). Pode se refletir, porém, no seu *resultado* (i.e., nas fileiras da Magistratura), se as seleções meritocráticas não foram de feitio elitista.

E, de resto, os valores que o juiz é chamado a integrar não são “quaisquer” valores (v., *supra*, a nota n. 217), mas “[o]s valores dos quais a Constituição fornece a tábua fundamental, e a respeito dos quais também o silêncio ou a inércia pode ser opção bem precisa, e qualquer outra coisa que não neutra”²⁴⁵⁰. Se entre esses valores está precisamente o da igualdade material, a adequação legislativa do processo-procedimento a essa característica da lide sociológica típica, na hipótese trabalhista, não significa absolutamente a “parcialidade” do legislador, mas a sua sensibilidade ao mundo-do-ser; nem tampouco torna o juiz mais ou menos “parcial”. O mesmo, ademais, dar-se-á com o juiz, “*si et quando*” elastecer as possibilidades literais de sua iniciativa probatória em um caso concreto, à vista das respectivas necessidades reais, mesmo à margem de autorização legislativa específica. Não haverá “parcialidade”, até porque o juiz, ao ordenar a produção de certa prova “*ex officio*”, não tem como saber de antemão qual será o seu resultado; e “*o fato de vir ela a beneficiar uma das partes não afeta a imparcialidade, na medida em que*

autônomo em diplomas “temáticos”. Vejam-se, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Torcedor, o Estatuto da Igualdade Racial e até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (para nós, já um “estatuto”), todos produtos de uma “onda de estatutorização” que se iniciou na década de noventa do século passado.

²⁴⁵⁰ Chiavario, *Processo e garanzie...*, p.70. Já o dissemos *supra*: assumir uma posição de pendor positivista-legalista e advogar decisões judiciais escoimadas de qualquer identidade política ou ideológica, como se o julgador não as tivesse, é “*per se*” uma posição ideológica. A visão da neutralidade é também uma visão de mundo.

foi atendida a necessidade da busca da verdade [verdade-tendência] dos fatos”²⁴⁵¹. Basta que se assegure o contraditório.

No que diz respeito ao *princípio dispositivo*, reportando ao tópico 27.2, convém ter em conta que, ao menos no processo do trabalho (onde estão mais claramente autorizados os poderes instrutórios do juiz), há no Brasil um debate sobre a sua genuína natureza dispositiva. TEIXEIRA FILHO²⁴⁵², por exemplo, sustenta que o processo *coletivo* do trabalho é inquisitivo, porque, a uma, o próprio presidente do tribunal do trabalho teria legitimidade para “instaurar a instância” nos dissídios coletivos, *ut* artigo 856 da CLT (que, vimos, não foi recepcionada pela CRFB de 1988 — tópico 22.2, n. IV, e nota n. 1804); a duas, porque não se aplica ao acórdão normativo o princípio da correlação entre a demanda e a sentença, autorizando-se o julgamento “*ultra petita*” (v. artigo 858, “a” e “b”, da CLT); e, a três, porque tampouco se respeitam os limites subjetivos da lide, já que as decisões proferidas nos dissídios coletivos podem ser estendidas “*aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes*” (artigo 868, *caput*, da CLT). Já nos processos individuais vigeria o princípio dispositivo, uma vez que a sua instauração dependeria da iniciativa da parte, o juiz não poderia julgar “*extra vel ultra petitem*” e o julgamento sujeitar-se-ia à correlação entre demanda e sentença. Nada obstante, mesmo aí haveria traços inquisitivos, como no artigo 39 da CLT — hipótese em que a fiscalização do trabalho remete à Justiça do Trabalho os casos de controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e à unidade jurisdicional cumpriria *julgá-los*, independentemente de manifestação do trabalhador (§1º) — e no próprio artigo 765, *supra*. Noutras palavras, o processo do trabalho seria inquisitivo, no que concerne às ações coletivas, e estaria informado pelos dois princípios (dispositivo e inquisitivo), no que concerne às ações individuais.

Na verdade, há nessa percepção um vazo de leitura. Como apresentado (tópico 27.2), o princípio dispositivo não integra a “*Wesenskern*” do “*procedural due process*”,

²⁴⁵¹ Antonio Carlos Marcato, *Roteiros de Estudo de Direito Processual Civil*, Londrina, Bud Gráfica, 1993, p.75. Cf. também Bento Herculano, *op.cit.*, p.80.

²⁴⁵² Manoel Antonio Teixeira Filho, *Curso...*, v. II, pp.987-989. Discorrendo longamente sobre as origens e a evolução dos conceitos de “*Dispositionsmaxime*” (princípio dispositivo) e “*Offizialmaxime*” (princípio inquisitivo) na Prússia e depois na Alemanha, v. ainda Cavallone, *Il giudice...*, pp.12-44.

podendo por isso ser flexibilizado tanto pelo legislador (em primeiro plano) como pelo juiz (em segundo plano), ambos destinatários das normas de direitos fundamentais em sua dimensão principiológica e objetiva, desde que se observem os metalimites dialógicos (e basicamente a proporcionalidade). O que não pode haver — e isso já é quase pacífico na doutrina brasileira — é a instauração de instância pelo juiz (artigo 856 da CLT), porque representaria quebra na “*terzietà*” (ou “*impartialidade*”), violando, aí sim, o metalimite imanente do “*substantive due process*” (i.e., a garantia de conteúdo essencial do direito ao juiz natural — *supra*, tópico 26.2). Logo, os “traços inquisitivos” identificados pelo jurista paranaense não são outra coisa senão as *inflexões formais* assimiladas pela legislação, em razão da materialidade subjacente ao processo do trabalho, seja ele o coletivo (com maior evidência) ou o individual. Essas inflexões, porém, não invalidam o princípio dispositivo, que continua a informar o processo do trabalho. E é assim, até porque se cuida de tensões entre *normas-princípios* (garantia da inércia jurisdicional *v.* efetividade jurisdicional + pleno acesso à justiça + direitos sociais diversos com máxima efetividade); e, nessa hipótese, conquanto um princípio deva ceder ao(s) outro(s) para aviar uma solução mais ou menos concreta daquela tensão (i.e., na sentença ou na lei, respectivamente),

“isso não significa declarar inválido o princípio afastado, nem que no princípio afastado se tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que mais corretamente acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob diversas circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. [...] a colisão de princípios — como só podem entrar em colisão princípios válidos — tem lugar, mais além da dimensão da validade, na dimensão do peso”²⁴⁵³.

O mesmo se passa, “*mutatis mutandis*”, com a distensão dos poderes instrutórios do juiz, seja por ato do legislador, seja ainda por inflexão concreta nos próprios autos do processo judicial. Ante as circunstâncias presentes e as pretensões materiais em jogo, no entroncamento entre “*procedural due process*” e “*substantive due process*”, o legislador — em um plano mais circunscrito, porém ainda geral — ou o próprio juiz — em um plano estritamente concreto — infletirão o princípio dispositivo, naquilo que for necessário e

²⁴⁵³ Alexy, *Theorie...*, pp.78-79.

concordar praticamente com os demais direitos, liberdades e garantias envolvidos. Nem por isso, o princípio dispositivo restará ferido de morte²⁴⁵⁴.

IV. Enfim, importa ver o que *pode* o juiz, afinal, no exercício de seus poderes instrutórios. E talvez a melhor resposta se dê a partir da delimitação daquilo que *não pode* fazer; i.e., dos **limites negativos** de seus poderes de instrução. De acordo com BEDAQUE²⁴⁵⁵ — tendo em mira o processo civil —, a primeira limitação está nos próprios *elementos objetivos da demanda*, em decorrência do princípio da correlação ou adscrição (artigos 128 e 460 do CPC brasileiro): o juiz não pode buscar provas relativas a fatos que, por não se ligarem à demanda como posta e contestada, simplesmente não estão sob contraditório. Desenvolvamos. Não pode o juiz, p.ex., num dado processo em que sejam partes “A” e “B”, tendo servido como testemunha “C”, reconvocar de ofício “C” para que preste novo depoimento, naqueles mesmos autos, sobre fatos que interessarão ao processo em que são partes “X” e “Y”, sem qualquer relação de conexão ou continência com o primeiro; ou sequer poderá fazê-lo para ouvir “C” sobre fatos relativos aos próprios “A” e “B”, mas que não sejam objeto de qualquer pretensão ou controvérsia no processo em testilha (e.g., reconvocar de ofício “C” para produzir, nos autos do processo civil, prova de interesse penal em detrimento de “A”). De se acrescentar, porém, que, em havendo *inflexão formal* no princípio da adscrição, nos termos e hipóteses há pouco examinados (tópico 27.2.2), obviamente poderá haver igualmente uma distensão dos poderes instrutórios do juiz na direção dos novos aspectos que a sentença ferirá. Se há, p.ex., evidência de que o trabalhador informal se ativou também em domingos e feriados, embora a petição inicial tenha se adstrito às horas extras dos dias úteis, e se há autorização legal para o julgamento “*extra vel ultra petitem*” (e.g., artigo 74º do CPT)²⁴⁵⁶, não é despropositado que o juiz convoque “*ex officio*” certa testemunha referida, como testemunha do juízo, para que informe precisamente quais os horários cumpridos nos dias não úteis (supondo-se,

²⁴⁵⁴ Daí que, apesar de todas aquelas inflexões (inclusive legislativas), o processo do trabalho segue sendo um processo de tipo *dispositivo* (e não *inquisitivo*), seja coletivo, seja individual.

²⁴⁵⁵ Bedaque, *Poderes instrutórios...*, pp.154 e ss.

²⁴⁵⁶ Ou, em outras situações, até mesmo uma motivação jusfundamental contundente o bastante para uma inflexão concreta — excepcional e apendicular — no princípio da adscrição (o que, vimos, é possível: tópico 27.2.2, n. IV, “c”).

obviamente, que as testemunhas apresentadas pelas partes não o soubessem). Sob tais condições, *uma inflexão formal pode vir a justificar outra*.

Em segundo lugar, BEDAQUE cita a necessidade de que a produção de provas “*ex officio*” arranque de *elementos presentes nos próprios autos*. Com efeito, a iniciativa probatória do juiz não pode se fundar apenas em especulações desataviadas dos autos e/ou em momentos de “iluminação” intuitiva, ou já não haveria controles e limites para a atividade processual. Não significa que a iniciativa do juiz seja necessariamente *complementar* à das partes, no sentido de que as provas que pode produzir ou determinar sejam apenas *desdobramentos* das provas já produzidas no processo. Poderá, ao revés, produzir prova inteiramente *nova*, sem qualquer ligação com qualquer outra presente nos autos; mas a causa eficiente e formal de sua iniciativa deverá ter sido algum elemento internalizado no processo (uma alegação, uma declaração, uma omissão, uma contradição, ou até mesmo uma prova: documentos, testemunhos, laudos periciais etc.).

Em terceiro lugar, o professor da Universidade de São Paulo aponta como limites — nós diríamos *condições* — a submissão da providência e do seu resultado objetivo ao *contraditório* e, bem assim, a *fundamentação* do ato processual que deflagrou a iniciativa probatória. É claro que, na linha das inflexões proporcionais e adequadas ao caso concreto, o contraditório poderá vir a ser de tipo diferido ou eventual, mas terá de existir. A fundamentação, por seu turno, terá de ser necessariamente prévia. Do contrário, haveria malferimento à “*Wesensgehaltgarantie*” do devido processo formal (*supra*, tópico 26.3, n. IV, “1” e “2”).

Mas todos aqueles limites (e essas condições) aplicam-se à produção de provas em geral, não apenas à atividade probatória do juiz (“*ex officio*”). Propriamente quanto a isso, BEDAQUE observa que a única limitação específica seria quanto à determinação oficial para que, já em vias de obter a tutela (ainda que provisória), o autor viesse a provar fatos constitutivos do seu direito, se verossímeis e já incontroversos nos autos. Sobre ser prova inútil na perspectiva técnico-formal, até mesmo na perspectiva das composições justas — assim, *e.g.*, para se assegurar do fato e otimizar a Verdade como valor-tendência — a

iniciativa não se justificaria, pois “[o] legislador, nesse caso, optou claramente pelo valor efetividade, preferindo tutela rápida, concedida mediante cognição sumária”²⁴⁵⁷. O autor reporta-se, na verdade, à hipótese do artigo 273 do CPC. E o que diz, portanto, é que, havendo requerimento de antecipação sumária dos efeitos da tutela de mérito (ou cabendo a antecipação “*ex officio*” — tópico 27.2.1), e estando presentes os seus requisitos legais (notadamente a *prova inequívoca* ou mesmo a *incontrovérsia real* dos fatos constitutivos do direito alegado), o juiz não apenas pode como **deve** antecipar aqueles efeitos, não havendo margem para a instrução “*ex officio*” dessa matéria, em detrimento da efetividade da tutela. Trata-se de um exercício de ponderação processual em tese, considerando os valores jusfundamentais em possível colisão (segurança v. efetividade). E nisso o acompanhamos. Não se trata de metalimite imanente, mas de metalimite dialógico que dificilmente se superaria em eventos concretos, mesmo à luz das circunstâncias fáticas, *a não ser* em casos de incontrovérsias *fictas* (revelias), se assim entendesse o juiz. Com efeito, “*nada obsta determine o juiz a produção de provas se, apesar da revelia, os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis*”²⁴⁵⁸. É também a resposta para o problema da prova técnica em casos de revelia: mesmo assim, o juiz *poderá* determinar a prova pericial, inclusive com oneração do processo (em termos econômicos e cronológicos), se **(a)** os fatos que agora se tomam por fictamente verazes não são verossímeis; e/ou se **(b)** os fatos que agora se tomam por fictamente verazes não bastam à conclusão do direito, sendo de rigor o pronunciamento do perito, que aferirá elementos ou condições insuspeitas na peça discursiva leiga²⁴⁵⁹ (de onde, afinal, extraem-se os contornos da confissão ficta).

Já quanto às *preclusões*, deve-se ter por cediço que não representam óbices quaisquer à atividade instrutória do magistrado. Nessa vereda, confira-se o escólio de BEDAQUE²⁴⁶⁰; e, em contrário, COMOGLIO²⁴⁶¹. E, de fato, no Brasil como em Portugal,

²⁴⁵⁷ Bedaque, *Poderes instrutórios...*, p.156. Em sentido semelhante, para o contexto espanhol, v. Abel Lluch, *Iniciativa probatória...*, pp.139 e ss. (a partir dos artigos 429 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola).

²⁴⁵⁸ *Idem*, p.155.

²⁴⁵⁹ É o caso da insalubridade e da periculosidade no Direito do Trabalho brasileiro, mormente em face do teor do artigo 195, §2º, da CLT, pelo qual, “[a]rgüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho” (na redação da Lei n. 6.514/1977 [g.n.]) — em modo imperativo, como que revitalizando, nessa seara, o antigo sistema das provas legais.

²⁴⁶⁰ Bedaque, *Poderes instrutórios...*, p.157.

não há regra explícita que iniba a iniciativa probatória oficial em virtude da perda, pela parte, de sua faculdade de produzir certa prova. Vale aqui a máxima segundo a qual não há, aprioristicamente, preclusões “*pro iudicato*”.

Registre-se, alfim, que, nos exercícios concretos de ponderação, a iniciativa instrutória do juiz tende a ser tanto mais pronta, ampla e ingente, quanto mais relevantes sejam as pretensões materiais — e em especial as jusfundamentais (direitos fundamentais em geral e, entre eles, mormente os direitos à vida, à liberdade e à integridade física) — que estejam em jogo no processo. Assim, para além das possibilidades gerais de atividade probatória “*ex officio*”, decorrentes da própria natureza publicística do processo (aspecto privilegiado por BEDAQUE) como ainda da sua principiologia (*e.g.*, cooperação), também o “*balancing*” concreto terá grande importância para ajustar o grau e o calibre dessas inflexões.

§ 31º. INFLEXÕES NO DIREITO DE PROVA (III). ADMISSIBILIDADE DA PROVA E TUTELA JUDICIAL EFETIVA

31.1. PROVAS ILÍCITAS VS. PROVAS ILEGÍTIMAS. AS “EXCLUSIONARY RULES”

I. Nas cenas legislativa e doutrinária brasileiras, distinguem-se entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*, sendo ambas *inadmissíveis* “*a priori*” no processo, “*ex vi*” do artigo

²⁴⁶¹ Luigi Paolo Comoglio, “*Istanze istruttorie e poteri del giudice ex art. 184 c.p.c.*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1999, n. 4, pp.998-1000. Para COMOGLIO, nesse caso, “*l’esercizio di quei poteri integrativi o suppletivi condurrebbe il giudice a sostituirsi arbitrariamente a quella stessa parte, [...] con una inammissibile compromissione dei doveri di imparzialità e di neutrale equidistanza delle parti*”. Com as necessárias vênias, discordamos. A nosso ver, supor assim é negar, de certo modo, a própria dimensão publicística do processo. E, como se disse alhures, o juiz não teria como *antecipar* o resultado da prova, que poderá ser inclusive *contrário* aos interesses de quem a produziria; logo, a nosso ver, não há comprometimento à imparcialidade. V. ainda, sobre o mesmo tema, Luigi Paolo Comoglio, “*Preclusione istruttorie e diritto alla prova*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1998, n. 4, pp.968 e ss.; e Marco Maffuccini, “*Questioni aperte sulle preclusioni istruttorie*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 2005, n. 2, pp.555 e ss. (analisando a preclusão instrutória no âmbito do processo civil, do processo administrativo e do processo laboral).

5º, LVI, da CRFB²⁴⁶². São ditas provas *ilícitas*, nos termos do atual artigo 157, *caput*, do CPP (com a redação da Lei n. 11.690/2008, aquelas obtidas “*em violação a normas constitucionais ou legais*”, devendo ser desentranhadas do processo: o *direito à exclusão da prova* é corolário constitucional do regime de provas ilícitas e está em correspondência com o próprio direito à prova (v. RTJ 163/682 e ss; RTJ 163/709 e ss.). Também são ilícitas, e por isso inadmissíveis, as provas *derivadas* das ilícitas (“*Fruit of Poisonous Tree Doctrine*”), “*salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras*” (principais e derivadas), ou “*quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*” (artigo 157, §1º). Nessa última hipótese, deve-se ter por “fonte independente” aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (§2º). Por fim, preclusa a decisão de desentranhamento da prova inadmissível (e uma vez já desentranhada), o juiz determinará a sua *inutilização* (= destruição), facultando às partes acompanhar o incidente (§3º). Se, ao revés, aquela prova for indevidamente entranhada, valorada e utilizada para a prolação da sentença, conquanto inadmissível, tal sentença será obviamente *nula*.

O regime constitucional brasileiro de *inadmissibilidade de prova*, esclarecido pela Lei n. 11.690/2008, não equivale rigorosamente ao regime de *nulidade de prova* consagrado em outras constituições, como p.ex. na Constituição portuguesa. Consoante o artigo 32º, 8, da CRP, “[s]ão **nulas** todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (g.n.). Diferenciam-se em que, a rigor, nos sistemas de nulidades a prova *ingressa* no processo, cabendo ao juiz criminal declarar oportunamente a sua nulidade, mantendo-a ou não nos autos. Sob certas condições, pode-se mesmo admitir a convalidação (na ordem jurídica brasileira, p. ex., veja-se o artigo 573 do CPP; na portuguesa, veja-se o artigo 126º, 3, do CPP²⁴⁶³), admitindo “*a contrario*

²⁴⁶² In verbis: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²⁴⁶³ In verbis: “**Métodos proibidos de prova.** 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: **a)** Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; **b)**

sensu” a convalidação da prova nula pelo consentimento do titular do direito tísado, se se tratar de *métodos relativamente proibidos de prova*, como as “*provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”). No sistema de inadmissibilidade, ao revés, a prova sequer poderia ingressar no processo (conquanto por vezes ingresse); e, uma vez produzida nos autos, deve ser imediatamente desentranhada, sem possibilidades de convalidação pelas partes. No modelo judiciário estadunidense, p.ex., não é incomum que o acesso dos jurados a uma “*inadmissible evidence*” — em especial as “*excluded evidentes*” (*infra*, nota n. 2476) — conduza à própria dissolução do júri, antes mesmo do veredicto, por incontornável comprometimento da possibilidade de um “*fair trial*”²⁴⁶⁴.

Toda essa regência, como está evidente, é de ordem processual penal; nada obstante, com as devidas adaptações, serve também ao processo civil e ao processo laboral. E caminhou bem o legislador brasileiro, uma vez que, até 2008, inexistia qualquer parâmetro legislativo para o tratamento das chamadas “provas inadmissíveis” e de todas as que delas derivassem, restando à jurisprudência a tarefa solitária de dar forma àquele claro comando constitucional.

Comentando o preceito, L. F. GOMES²⁴⁶⁵ avaliou que,

“[p]or força do princípio da verdade processual (também conhecido como verdade real ou material ou substancial), que consiste na verdade (probatória) que se consegue dentro do devido processo legal, o que importa para o processo penal é a descoberta da verdade dos

Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”. De se ver, porém, que o artigo 340º, 3, do CPP luso utiliza a expressão “meio de prova legalmente **inadmissível**”, equivalendo-o às hipóteses de nulidade do artigo 126º.

²⁴⁶⁴ É o que se daria, ademais, no Brasil, à vista do parágrafo 4º do artigo 157 do CPP (na redação original da Lei n. 11.690/2008): “*O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão*” — uma vez que já estaria “contaminado” pela informação que a prova ilícita comunicasse. Esse quarto parágrafo, no entanto, foi *vetado* pela Presidência da República.

²⁴⁶⁵ Luiz Flávio Gomes, “*Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*”, in *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*, Belém, TJPA, 2009, v. 2, n. 3, pp.69-77 (g.n.).

fatos, ou seja, o que interessa é a demonstração processual do que efetivamente ocorreu (para que a Justiça possa fazer incidir o direito aplicável e suas conseqüências jurídicas). Ocorre que **nem tudo é válido para a obtenção dessa verdade. [...] O direito à prova conta, efetivamente, com várias limitações. Não é um direito ilimitado.** Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, 1º); (b) a prova deve ser lícita (prova obtida por meios ilícitos não vale); (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas, v.g.). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem. Não é admitida a confissão mediante tortura, por exemplo” (g.n.).

Adiante, porém, faz uma ressalva conceitual não expressa na lei:

“Provas ilícitas, por força da nova redação dada ao art. 157 do CPP, são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Em outras palavras: prova ilícita é a que viola **regra de direito material**, seja constitucional ou legal, no momento da sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Impõe-se observar que a noção de prova ilícita está **diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova** (não com o momento da sua produção, dentro do processo), [que] **tem seu locus fora do processo** (ou seja, **é sempre extraprocessual**)” (g.n.).

Esclareça-se, pois, a ressalva.

II. É que, fiando-se nas lições de P. NUVOLONE²⁴⁶⁶, a doutrina brasileira tem feito uma tradicional distinções entre **provas ilícitas** e **provas ilegítimas**. Aquelas corresponderiam às provas obtidas com *violação de normas de direito material* (princípios ou regras), *tenham elas “status” constitucional ou legal* (e.g., a confissão obtida por tortura²⁴⁶⁷, o documento obtido com desrespeito à inviolabilidade domiciliar²⁴⁶⁸ ou dos

²⁴⁶⁶ Cf. Pietro Nuvolone, “*Le prove vietate...*”, pp.448 e ss.

²⁴⁶⁷ Atentando contra a norma constitucional de direito material emanada do artigo 5º, III e XLIII, da CRFB.

²⁴⁶⁸ Atentando contra a norma constitucional de direito material emanada do artigo 5º, XI, da CRFB.

escritórios de advocacia²⁴⁶⁹, e assim sucessivamente), enquanto essas — as *ilegítimas* — decorreriam da *violação de normas de direito processual ou procedimental*, geralmente com menor gravidade objetiva. Ou, nas palavras de L. F. GOMES, a prova ilegítima

“viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. **A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual)**”²⁴⁷⁰.

E como distinguir, para esse feito, a norma de direito material da norma de processo ou procedimento?

GRINOVER, SCARANCE e GOMES FILHO²⁴⁷¹ opinam que a proibição normativa tem natureza exclusivamente processual quando for colocada *em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo*. Ao revés, tem natureza substancial quando, *“embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”* (como são, de regra, os direitos fundamentais fruíveis fora do ambiente processual: liberdades públicas, direitos de personalidade etc.). Aqui, a violação do impedimento gerará um *ato ilícito* (= prova ilícita); ali, um *ato ilegítimo* (= prova ilegítima, ou prova ilegitimamente produzida). Para a prova meramente ilegítima, em que se tisnam apenas impedimentos processuais, bastariam como efeitos a nulidade do ato (e da prova) e a ineficácia da decisão que nele se fundasse, abrindo-se ao interessado as possibilidades do artigo 573 do CPP (renovação ou ratificação do ato). Já para a prova materialmente ilícita, como aquelas obtidas com violação de domicílio ou do sigilo das comunicações, ou com infringência à intimidade/privacidade, ou ainda as conseguidas

²⁴⁶⁹ Atentando contra a norma legal de direito material emanada do artigo 7º, II, da Lei n. 8.906/1994 (na redação da Lei. n. 11.767/2008), com as restrições dos parágrafos 6º e 7º (hipóteses de quebra da inviolabilidade por decisão motivada do juiz).

²⁴⁷⁰ “*Provas ilícitas...*”, p.71 (g.n.).

²⁴⁷¹ *As nulidades...*, pp.156-158.

mediante tortura ou maus tratos, o regime seria aquele *constitucional* (artigo 5º, LVI), de *inadmissibilidade*.

Foi precisamente esse o ponto de vista acolhido pelo novel artigo 157 do CPP, o que se revela pelos próprios anais legislativos do PL n. 4205/2001 (do Poder Executivo), que deu origem ao novo preceito: o texto, fruto do trabalho de comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria n. 61/2000, fora elaborado sob a presidência da própria ADA GRINOVER.

L. F. GOMES objeta, com razão, que a distinção em comento desafia maiores cuidados. O fato de uma prova violar regra de processo ou procedimento nem sempre redundará na formação de uma prova meramente ilegítima (e, logo, fora do regime mais estrito do artigo 5º, LVI, da CRFB). Assim, p.ex., a busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial tanto viola a Constituição, no que garante a todos a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, XI, ressaltando-se apenas o mandado judicial, o flagrante delito, os desastres e as prestações de socorro), como viola a norma processual penal, no que regula o procedimento de busca e apreensão (artigo 240 e ss. do CPP). A distinção, portanto, far-se-ia a partir da definição do *momento relevante* para a ilicitude e do seu respectivo “*locus*”: se o da *obtenção da prova* (fora do processo) ou se o da *produção da prova* (dentro do processo). No exemplo em debate, como se trata de prova obtida fora do processo, cuidar-se-ia mesmo de prova ilícita, sob todos os rigores do artigo 157 do CPP, ainda que viole concomitantemente a norma material (constitucional) e a norma processual (legal). E conclui:

“não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao ***momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo).*** Ou seja: ***a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual.*** Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: ***a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula*** (assim é declarada

pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP)²⁴⁷².

E, de resto, convirá ainda reconhecer um terceiro critério. Também as *provas obtidas com violação à cláusula do “procedural due process”* — conquanto se possa dizer norma de processo (ou melhor, de *direito constitucional processual*²⁴⁷³) — devem se submeter, por razões sistemáticas e pragmáticas, ao regime de inadmissibilidade do artigo 5º, LVI, da CRFB. Nesse sentido, p.ex., GILMAR MENDES *et al.*²⁴⁷⁴. Daí se infere, por lógica comezinha, que a ilegitimidade da prova diz com a violação das normas processuais que regem o *espaço de conformação legislativa infraconstitucional* (inclusive nas inflexões formais legítimas). A ilicitude da prova, por seu turno, diz com a violação de normas processuais de garantia que compõem os *conteúdos imediatos do devido processo legal formal* (i.e., suas “concreções” legislativas: v., *supra*, o §26º), naquilo que forem intangíveis (“*Wesenskern*”) ou onde forem indevidamente comprometidas (restrições desproporcionais — *inclusive* quando praticadas “*in abstracto*” pelo legislador).

Exemplifique-se. Se determinada prova é obtida, produzida e valorada sem qualquer oportunidade de contraditório no processo penal, em detrimento do réu, terá violado uma norma de procedimento (artigo 155, *caput*, do CPP), mas também uma garantia constitucional processual (artigo 5º, LV, da CRFB), muito pouco flexível em seara penal. Não é um direito que habitualmente se reconheça fora do processo (judicial ou administrativo), sendo certo que o “momento da ilegalidade” terá sido endoprocessual. Logo, pelos dois critérios anteriores, ter-se-ia uma prova “ilegítima”. Nada obstante, não parece ser o caso de ilegitimidade de prova. Haverá mesmo *ilicitude*, por aquele derradeiro critério, configurando o regime do artigo 5º, LVI, da Constituição. A jusfundamentalidade da norma, neste caso, *prevalece* sobre o seu caráter processual, atraindo o regime mais rigoroso de exclusão. E assim seria, ademais, se a própria *lei* autorizasse tal prova penal não contraditória, porque o ato normativo seria, nisso, inconstitucional (inflexão inexequível,

²⁴⁷² “*Provas ilícitas...*”, pp.71-72 (g.n.).

²⁴⁷³ Cf., *supra*, o tópico 20.4, n. I, e a nota n. 1699.

²⁴⁷⁴ Gilmar Mendes *et al.*, *Curso...*, pp.641-642. *In verbis*: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou **em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento** configurará afronta ao princípio do devido processo legal” (p.641[g.n.]), determinando o regime constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas.

por violação à “*Wesensgehaltgarantie*” do contraditório e da ampla defesa no processo penal — v., *supra*, tópico 26.3, n. IV, “3”).

Outra coisa, completamente diferente, é discutir a *extensão* — e as *possibilidades de inflexão* — do regime constitucional de inadmissibilidade de provas. Voltaremos a isso logo a seguir. Por ora, entretanto, vejamos como a questão da prova ilícita ou inadmissível é tratada nos sistemas de raiz anglo-saxônica, com particular atenção para o caso estadunidense.

III. As chamadas “*exclusionary rules*” são, segundo os léxicos jurídicos, regras judiciais de *exclusão* de provas (“*evidences*”) obtidas com violação dos direitos civis ou fundamentais do réu. Nos EUA, a expressão designa especialmente as regras de exclusão de provas obtidas com violação aos direitos derivados da Quarta Emenda, tal como brevemente referido alhures (tópico 20.1, n. IV). Dispõe a Quarta Emenda da *U.S. Constitution*:

“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

Admite-se, ademais, sob o mesmo regime, a exclusão das provas obtidas com violação à Sexta Emenda, no que dispõe que,

“[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence”.

A proteção constitucional alcança, portanto, a integridade pessoal do réu e, bem assim, a de sua casa, de seus documentos e de seus bens, repulsando quaisquer buscas e

apreensões que não atendam rigorosamente à devida forma e ao devido propósito; como também repulsa, p.ex., quaisquer provas testemunhais não contraditórias. As provas assim produzidas serão inadmissíveis no processo penal.

Se é fato, porém, que as “*exclusionary rules*” têm esteio na Constituição, também é certo que a sua formulação normativa é um produto histórico da jurisprudência da *U.S. Supreme Court* (“*court-made rules*”), não da lei. Surgem no início do século XX, a partir de duas linhas muito claras de preocupação: a uma, conter os abusos dos órgãos de persecução criminal — e nomeadamente das polícias judiciárias — em suas investigações e diligências; e, a duas, sustentar a chamada “*integridade judicial*” (“*judicial integrity*”), de modo a que as cortes judiciais não validassem ou legitimassem tacitamente condutas abusivas de autoridades públicas²⁴⁷⁵. Anteriormente à definição das “*exclusionary rules*”, qualquer prova poderia ser admitida em um julgamento criminal, desde que o juiz a considerasse relevante (“*relevant evidences*”²⁴⁷⁶). O ponto de viragem começa em 1914, com *Weeks v. United States* (232 U.S. 383), precedente que inaugurou os esforços da Suprema Corte em direção à revigoração da Quarta Emenda. No *Weeks’ case*, invalidaram-se provas da prática de loteria não autorizada colhidas na casa de FREMONT WEEKS (Kansas City, Missouri) por agente federal, durante diligência de busca e apreensão encetada *sem mandado judicial*. As provas foram originalmente admitidas e valoradas, conduzindo à condenação criminal de WEEKS. Assim não entendeu, porém, a *U.S. Supreme Court*, evocando a Quarta Emenda para excluir as provas e, consequentemente, absolver o cidadão. Lê-se na ementa, a propósito, o seguinte:

²⁴⁷⁵ V., por todos, Marcelo Batlouni Mendroni, *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*, São Paulo, Atlas, 2010, pp.80 e ss. A “*judicial integrity*” é hoje uma preocupação internacional, amparada no próprio sistema ONU, por intermédio da UNODC. Cf., e.g., <http://www.unodc.org/southeasterneurope/en/criminal-justice-and-prison-reform/judicial-integrity.html> (acesso em 20.07.2012).

²⁴⁷⁶ No sistema norte-americano, são *provas admissíveis* (“*admissible evidences*”), em princípio, todas as *provas relevantes* (“*relevant evidences*”); e, para ser relevante, a prova “*must tend to make more or less probable the existence of some fact material to the case, or some fact otherwise of consequence to making a determination in the case. Evidence which tends to establish facts from which one could then infer that some material fact is more or less probable is also admissible as relevant evidence*” (admitindo-se, portanto, a prova indiciária). São *provas excluídas* (“*excluded evidences*”), ao revés, aquelas que, embora relevantes e por isso em princípio admissíveis, não podem ser admitidas e não devem ser consideradas no “*decision-making process*” (i.e., entre as razões de decidir), por motivos outros que não a irrelevância. É o caso das “*exclusionary rules*”. Cf., e.g., http://nationalparalegal.edu/conlawcrimproc_public/ProtectionFromSearches&Seizures/ExclusionaryRule.asp (acesso em 20.07.2012).

“Under the Fourth Amendment, Federal courts and officers are under such limitations and restraints in the exercise of their power and authority as to forever secure the people, their persons, houses, papers and effects against all unreasonable searches and seizures under the guise of law.

“The protection of the Fourth Amendment reaches all alike, whether accused of crime or not; and the duty of giving it force and effect is obligatory on all entrusted with the enforcement of Federal laws.

“The tendency of those executing Federal criminal laws to obtain convictions by means of unlawful seizures and enforced confessions in violation of Federal rights is not to be sanctioned by the courts which are charged with the support of constitutional rights.

[...]

“While the efforts of courts and their officials to bring the guilty to punishment are praiseworthy, they are not to be aided by sacrificing the great fundamental rights secured by the Constitution” (g.n.).

Os excertos revelam, como dito, a intenção de externar a *“judicial integrity”*. Revela, ademais, que a garantia sequer se restringe ao processo penal. A partir desse precedente, construiu-se uma abrangente doutrina, depois assimilada pelas cortes estaduais, a partir de *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643)²⁴⁷⁷.

Doravante, empregaremos a expressão “regras de inadmissibilidade” para designar, em geral, as regras de exclusão ou inadmissibilidade de provas ilícitas nos ordenamentos de filiação romano-germânica, reservando a equivalente *“exclusionary rules”* apenas para as ordens jurídicas de filiação anglo-saxônica, ante a indissociabilidade quase inevitável entre a locução, o seu conceito (com seus fundamentos e exceções) e o respectivo sistema.

IV. Também a *“fruits of the poisonous tree doctrine”*, recentemente positivada no Brasil (artigo 157, §1º, do CPP, *ut* Lei n. 11.690/2008), deita suas raízes mais sólidas na

²⁴⁷⁷ A *U.S. Supreme Court* absolveu MAPP de uma condenação criminal por violação às leis estaduais de repressão à obscenidade (o réu mantinha em sua casa livros, revistas e fotografias pornográficas), revendo a confirmação da pena pela *Ohio Supreme Court* e o absolvendo das acusações formuladas, uma vez que o material havia sido apreendido sem mandado judicial.

tradição jurisprudencial norte-americana. Todavia, nem todos os seus elementos foram assimilados pelo legislador brasileiro. Com efeito, na doutrina original, se se tomam por inadmissíveis tanto as provas obtidas por meios ilícitos ou “irrazoáveis” (“*illegal or unreasonable searches*”) quanto aquelas obtidas sucessivamente, como *resultado lógico* das primeiras (ainda que muito depois da violação original), a essa segunda regra — a da inadmissibilidade das provas derivadas (v. *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1963) — opõem-se tradicionalmente três exceções.

A primeira exceção, encampada pela lei brasileira (artigo 157, §1º, *in fine*, do CPP), diz com a possibilidade de obtenção da prova derivada a partir de uma ***fonte independente de prova***. Assim, *e.g.*, se se descobrem, a partir de interceptações telefônicas ilegais, nomes e endereços que levam à apreensão de provas materiais de fraudes financeiras, e se a mesma relação de nomes e endereços é depois encaminhada eletronicamente aos policiais, por remetente anônimo, tais provas poderão ser utilizadas no processo-crime, a despeito da violação jusfundamental originária, porque uma *fonte independente* de prova, lícita e regular, permitiria a mesma colheita probatória.

A segunda exceção refere-se à virtual ***inevitabilidade*** da descoberta do elemento de prova. Imagine-se que, após obter sob tortura a confissão de um homicida, agentes policiais localizem o cadáver, descartado em local ermo indicado pelo criminoso. Suponha-se, porém, que o local já estivesse em vias de ser esquadrihado nas semanas seguintes, considerando-se um plano de investigação que desbastaria as localidades mais frequentadas pelo réu. Conquanto a confissão ilegal tenha “antecipado” a descoberta do corpo — prova fundamental para a condenação por homicídio —, é certo que ele seria provavelmente encontrado dias depois, a se seguir o calendário de varreduras. Sob tais condições, os tribunais estadunidenses têm *admitido* a prova derivada, por “inevitável”.

A terceira exceção, enfim, cuida das ***diligências de boa-fé*** (“*good faith*”). É a última a se estabelecer, a partir dos anos oitenta do século passado (v. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 1984; depois, *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 1995 — já com algumas reconsiderações). Por essa construção, se um agente realiza diligências de busca

imaginando que um mandado não é necessário, ou se o faz com base em um mandado que supõe ser válido, a prova assim obtida — conquanto objetivamente viole as regras constitucionais da Quarta Emenda — poderá ser admitida no processo. Por outro lado, se o agente sabe ou deve saber que o mandado padece de vícios aptos a lhe comprometerem a validade, a “*good faith exception*” já não terá aplicação.

A “*ratio iuris*” subjacente à hipótese é curiosa: por maioria de votos (vencidos os *justices* JOHN PAUL STEVENS, WILLIAM J. BRENNAN Jr e THURGOOD MARSHALL), os juízes da *U.S. Supreme Court* entenderam que a inadmissibilidade processual das provas ilícitas não seria uma proibição diretamente constitucional, por não estar expressa na *Fourth Amendment*; e, logo, não seria um direito fundamental individual, mas um regramento pretoriano criado para “*to deter police misconduct rather than to punish the errors of judges and magistrates*”. Assim, restando evidente a moderação e a probidade dos agentes, a despeito dos vícios objetivos, a exclusão da prova não teria cabimento, por estar fora da finalidade maior das “*exclusionary rules*”.

Em 1999, a *U.S. Supreme Court* elasteceu ainda algo mais a esfera de exceções às “*exclusionary rules*”, pontificando que, embora a Quarta Emenda proíba prisões e apreensões sem mandado judicial no domicílio do suspeito, já não seria assim em *lugares públicos*, “*si et quando*” os agentes policiais se amparassem em uma *causa provável* (“*probable cause*”) para crer na ocorrência de uma conduta criminosa (v. *Florida v. White*, 526 U.S. 559). Aviou-se, por assim dizer, a validação dos “flagrantes cegos”²⁴⁷⁸.

²⁴⁷⁸ Basta ver a hipótese-paradigma: “Two months after officers observed respondent using his car to deliver cocaine, he was arrested at his workplace on unrelated charges. At that time, **the arresting officers seized his car without securing a warrant because they believed that it was subject to forfeiture under the Florida Contraband Forfeiture Act (Act). During a subsequent inventory search, the police discovered cocaine in the car.** Respondent was then charged with a state drug violation. At his trial on the drug charge, he moved to suppress the evidence discovered during the search, arguing that the car’s warrantless seizure violated the Fourth Amendment, thereby making the cocaine the “fruit of the poisonous tree.” After the jury returned a guilty verdict, the court denied the motion, and the Florida First District Court of Appeal affirmed. It also certified to the Florida Supreme Court the question whether, absent exigent circumstances, a warrantless seizure of an automobile under the Act violated the Fourth Amendment. The latter court answered the question in the affirmative, quashed the lower court opinion, and remanded. [...] **Held: The Fourth Amendment does not require the police to obtain a warrant before seizing an automobile from a public place when they have probable cause to believe that it is forfeitable contraband.** In deciding whether a challenged governmental action violates the Amendment, this Court inquires whether the action was regarded as an unlawful search and seizure when the Amendment was framed. See, e.g., *Carroll v. United*

Aquelas duas últimas exceções — inevitabilidade e boa-fé — não foram positivadas pela Lei n. 11.690/2008 (a não ser que se compreenda, na segunda parte do parágrafo 1º do artigo 157 do CPP — nexo de causalidade não evidenciado —, a hipótese da “inevitabilidade”, o que não nos parece exato). Dir-se-á, porém, que jamais terão acolhida no processo penal (ou civil) brasileiro? Ainda quando estejam em causa interesses materiais tão ou mais relevantes do que aqueles pretensamente malferidos aquando da obtenção da prova? Pensamos que não. A depender dos interesses concretamente tensionados, tanto a inevitabilidade como a boa-fé podem ser esgrimidos como argumentos favoráveis à *admissibilidade* da prova, defluindo da própria mecânica constitucional, ainda que não obviada no texto do Código de Processo Penal. E, “*concessa venia*”, a questão não está na natureza do direito à exclusão das provas ilicitamente obtidas, que é uma dimensão natural e indissociável do “*procedural due process*” (e, logo, dotado de jusfundamentalidade, o que lhe concede, no mínimo, foros de constitucionalidade material). O que explica essa possibilidade é precisamente o fenômeno das inflexões concretas do devido processo formal. É o que demonstraremos no tópico seguinte.

V. Alfim, algumas notas mais específicas para o processo civil. Nesse campo, CLERMONT²⁴⁷⁹ observa que as “*exclusionary rules*” ensejam três classes principais de exceções processuais probatórias: as de “*incompetency*”, as de “*privilege*” e as de “*hearsay*”. Expliquemo-las:

(a) as primeiras (“*incompetency*”) dizem com a *capacidade* e a *idoneidade*²⁴⁸⁰ das testemunhas, alcançando por aproximação as figuras latinas da *incapacidade*, da

States, 267 U.S. 132, 149. This Court has held that when federal officers have probable cause to believe that an automobile contains contraband, the Fourth Amendment does not require them to obtain a warrant prior to searching the car for and seizing the contraband” (g.n.).

²⁴⁷⁹ Kevin M. Clermont, *Principles...*, p.89 e ss.

²⁴⁸⁰ Historicamente, na “*common law*”, não puderam servir como testemunhas (ainda que conhecessem aspectos essencialíssimos do litígio), porque inidôneos — no processo civil como no penal —, os criminosos condenados, as pessoas “interessadas” na causa (como os cônjuges entre si, formadores de uma “unidade” jurídica) e até mesmo os ateus (porque não temiam os juramentos em nome de Deus). *In verbis*: “*For example, atheists were barred from testifying as they would not be able to take an oath, or fear its religious sanction if they did. The rationale for the (perhaps surprising) incompetence of interested parties was based on a pervasive fear that, without it, litigants might be encouraged to manufacture evidence to support their*

suspeição e do *impedimento* de testemunhas (v., e.g., artigo 405 do CPC brasileiro e artigo 616º a 618º do CPC luso²⁴⁸¹), e levando à exclusão das provas testemunhais havidas de pessoas que não merecem crédito, ou que não tem plena capacidade de compreender a arguição, ou ainda de responder ao juiz de acordo com aquela compreensão²⁴⁸²;

(b) as segundas (“*privilege*”²⁴⁸³) referem-se às imunidades pessoais ou profissionais, como o sigilo profissional do médico ou do advogado ou aquele do funcionário público, quanto aos segredos de Estado (v., correlatamente, artigo 406, II, do CPC brasileiro e artigo 618º, 3, do CPC luso);

(c) as derradeiras (“*hearsay*”) dizem respeito aos testemunhos indiretos, i.e., às declarações de testemunhas que não presenciaram os fatos a cuja prova se prestam (NORONHA²⁴⁸⁴), como de resto a toda prova indireta de mesma característica, inclusive a documental e a não verbal²⁴⁸⁵; nos EUA, a regra é que o “*hearsay*

cases. When it came to marriage, the law viewed married couples as being almost a single entity, the wife’s legal identity being subsumed in that of her husband under the doctrine of coverture. Since a defendant was (at that time) incompetent to testify, it was logical that a wife could not testify if her husband was on trial, even as a defence witness, unless she was the victim of her husband’s crime of violence (where, for practical reasons, an exception was made)” (Gregory Durston, *Evidence: text & materials*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press/Online Resource Centre, 2011, pp.356-357). Alguns códigos ainda mantêm hipóteses de impedimento ou suspeição no mínimo curiosas (para não se ingressar aqui em discussões de constitucionalidade), como se dá com o próprio CPC brasileiro, que supõe “suspeita” a testemunha que, “*por seus costumes, não for dign[a] de fé*” (artigo 405, §3º, II [g.n.]); antiga doutrina citava, como exemplo (pouco feliz), as prostitutas...

²⁴⁸¹ Referindo o gênero “*inabilidades para depor*”, a abranger as incapacidades, os impedimentos e as escusas legítimas (que, no paralelo com o modelo anglo-saxônico, estão mais próximas dos “*privileges*”).

²⁴⁸² Na Inglaterra, em matéria criminal, veja-se, quanto às incapacidades, a Seção n. 53 do YJCEA (1999), sobre “*competence of witnesses to give evidence*”: “(1) At every stage in criminal proceedings all persons are (whatever their age) competent to give evidence. (2) Subsection (1) has effect subject to subsections (3) and (4). (3) A person is not competent to give evidence in criminal proceedings if it appears to the court that he is not a person who is able to: (a) understand questions put to him as a witness, and (b) give answers to them which can be understood. (4) A person charged in criminal proceedings is not competent to give evidence in the proceedings for the prosecution (whether he is the only person, or is one of two or more persons, charged in the proceedings). (5) In subsection (4) the reference to a person charged in criminal proceedings does not include a person who is not, or is no longer, liable to be convicted of any offence in the proceedings (whether as a result of pleading guilty or for any other reason)”.

²⁴⁸³ “A privilege is the right accruing to a party in certain circumstances not to be forced to give or provide evidence that is otherwise both relevant and admissible” (Durston, *Evidence...*, Glossary, *passim*).

²⁴⁸⁴ Durval de Noronha Goyos Jr., *Noronha’s Legal Dictionary*, 4th ed., São Paulo, Observador Legal Editora, 2000, p.147 (verbete “*hearsay*”).

²⁴⁸⁵ De acordo com a atual versão das *Federal Rules of Evidence* (EUA, 2011), as exclusões por “*hearsay*” podem atingir qualquer “*statement*”, assim entendido “*person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion*” (Rule 801, “a”). Define-se como “*hearsay*”,

testimony” não seja admitido como prova no processo (mas há pelo menos trinta e oito exceções a essa inadmissibilidade; podem-se admitir, p.ex., as declarações relativas a eventos ou situações que expuseram o declarante a forte estresse ou excitação, as declarações sobre as condições mentais, emocionais ou físicas à época dos fatos, as declarações contra o próprio interesse etc.²⁴⁸⁶).

CLERMONT ressalta que as “*rules of evidence*” tendem a ser aplicadas com maior rigor nos julgamentos perante o júri, dada a necessidade de um controle mais estrito sobre o conjunto probatório que será examinado por julgadores leigos. Supõe, por isso, que o direito probatório estadunidense pudesse ser bem mais simples, se os litígios civis ali se decidissem, à maneira de outros países, apenas por “*nonjury trials*”. Pode-se entrever, nessas ilações, a correta percepção de que, perante magistraturas profissionais, as regras do direito probatório podem ser infletidas, onde necessárias, com maior segurança jurídica.

O advento das “*exclusionary rules*” nos EUA, especialmente na esfera processual penal, é um eloquente exemplo de como as cortes judiciais podem atuar — ao lado dos legisladores ou mesmo em seu vácuo — na *mediação concretizadora* das normas constitucionais que definem direitos, garantias ou liberdades fundamentais (v., *supra*, o §24º, n. II). No âmbito federal, derivam da aplicação direta da *Fourth Amendment*; no âmbito estadual, têm igualmente aplicação, agora por força da *Fourteenth Amendment*, que consubstancia a “*due process clause*” para os Estados (*supra*, tópico 10.1.4). E revelam, mais, a *capacidade de aprendizagem* que um sistema jurídico pode idoneamente explorar, perseguindo um “*procedural due process*” afinado com o “*substantive due process*”.

además, “a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement” (Rule 801, “c”).

²⁴⁸⁶ Respectivamente, as “*excited utterances*”, as “*then-existing mental, emotional or physical conditions*” e as “*declarations against interest*” (Rule 803, 2 e 3, e Rule 804, “b”, 3, das *U.S. Federal Rules of Evidence*).

31.2. ADMISSIBILIDADE JUDICIAL DE PROVAS INADMISSÍVEIS “A *PRIORI*”

I. Compreendidos os conceitos, as regras e os mecanismos fundamentais que as principais famílias jurídicas reservam para as provas contaminadas, importa saber *se, como e quando* essas regras podem ser infletidas. A esse propósito, em outro estudo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa²⁴⁸⁷, sustentamos a relativa inaptidão, na ordem jurídica portuguesa, dos artigos 335º do CC (colisão de direitos) e 519º do CPC (princípio da cooperação) para o tratamento dos meios de prova que estejam condicionados à disposição física da pessoa humana (*e.g.*, testes biológicos com amostras sanguíneas — como os testes de paternidade ou maternidade por cotejo de DNA —, perícias grafotécnicas com colheita de amostras caligráficas em juízo, oitiva de testemunhas mediante condução coercitiva, testes de alcoolemia por ar expirado ou amostras sanguíneas etc.); e sugerimos, para o equacionamento de tais questões (= admissão e obtenção judicial de provas ilícitas), a aplicação metódica do *princípio da proporcionalidade*, com juízos concretos de “*balancing*” em cada caso judicial. Já àquela altura, o que propúnhamos não era outra coisa — conquanto ainda não percebêssemos — que a convergência necessária entre o devido processo formal e o substantivo.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade — que integra o conteúdo normativo do “*substantive due process*” (tópico 12.2, n. IV, “*b*”) — pode e deve ser instrumentalizado para o escrutínio concreto das regras de inadmissibilidade nas atividades processuais instrutórias; e, muito especialmente, naquelas que demandem disposição física da pessoa. Serve, ademais, à justa delimitação do dever processual de cooperação de partes e terceiros, seja à luz dos artigos 339 a 341 do CPC brasileiro, seja ainda à luz do artigo 519º do CPC português. Respeitada, em todo caso, a garantia de conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais eventualmente tensionados (metalimites imanentes), as regras de inadmissibilidade poderão ou não ser infletidas, com maior ou menor intensidade, de acordo com juízos de ponderação concreta que levem em consideração as circunstâncias

²⁴⁸⁷ Cf. nosso *Direito à prova...*, *passim* (em especial o tópico 2.3). A publicação corresponde ao dito estudo, com acréscimos e atualizações.

fáticas presentes e a natureza das pretensões materiais contrapostas (que de outro modo se arriscariam a um irremediável sacrifício). A rigor, esse pensamento já tem repercutido, com variada intensidade, em tribunais brasileiros e portugueses, como demonstrado (tópico 15.4, n. V). São exemplos, no Brasil, os julgados em que se validam provas penais ou cíveis obtidas com violação à reserva constitucional da intimidade e da vida privada ou mesmo ao sigilo telefônico (STJ, ROHC n. 7216/SP, 5ª T., rel. Min. EDSON VIDIGAL, j. 28.04.1998, *in* DJ 25.05.1998; REsp n. 9012/RJ, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, j. 24.02.1997, *in* DJ 14.04.1997). Em alguns julgados, mais raros, identificam-se até mesmo polêmicas inflexões “*pro accusatione*” no processo penal. *In verbis*:

“ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. **O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis ... as provas obtidas por meio ilícito’ não tem conotação absoluta.** Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. **A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.** A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (reasonableness). **O “princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas (exclusionary rule) também lá pede temperamentos.** Ordem denegada” (STJ, HC n. 3982/RJ (1995/0053161-5), 6ª T., rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 04.12.1995 [g.n.]).

“PROVA CRIMINAL - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – ADMISSIBILIDADE -INVOLABILIDADE DO SIGILO QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO - **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE** – HIPÓTESE EM QUE A POLÍCIA, TENDO SUSPEITA RAZOÁVEL SOBRE ENVOLVIMENTO NO COMÉRCIO DE DROGAS, OBTEVE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - RECURSO PROVIDO. **Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao maior interesse,** vale dizer ao interesse da sociedade” (TJSP, Apel.Crim. n. 185.901-3, 3ª Câm. Crim., rel. Des. SEGURADO BRAZ, j. 30.10.1995 [g.n.]).

Em Portugal, tendência similar — se bem que mais branda — pode ser observada no Tribunal Constitucional, com espeque no artigo 18º, 2, da CRP, notadamente quanto à captação não consentida de conversas ou imagens (*e.g.*, TC 263/97, proc. 179/95, 1ª Secção, rel. Cons. TAVARES DA COSTA, j. 19.03.1997; TC 379/04, proc. 181/04, 1ª Secção, rel. Cons. ARTUR MAURÍCIO, j. 01.06.2004²⁴⁸⁸). Em julgado mais recente (2007), também em sede processual penal, o STJ sinalizou que, para decidir acerca da admissibilidade ou não da prova, há que considerar, em juízo de proporcionalidade e necessidade, os interesses materiais em jogo (inclusive “*pro societate*” — o que é sempre discutível). *In verbis*:

“1. Apresentado, em audiência, pelo arguido, requerimento em que invoca a nulidade das escutas realizadas na fase de inquérito, o qual foi conhecido na decisão final, tendo sido indeferido, e de que houve recurso para a Relação, a decisão desta, porque tomada em recurso e não põe termo à causa, é irrecorrível para o Supremo Tribunal de Justiça, conforme estabelece a alínea c) do nº 1 do art. 400º, por referência da alínea b) do art.º 432º, ambos do Código de Processo Penal. 2. Os registos de voz e de imagem para que possam ser recolhidos dependem de pressupostos substanciais, previstos no nº 2 do art. 6º da Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro – autorização ou ordem do juiz de instrução, consoante a recolha seja levada a efeito na fase de inquérito ou na fase de instrução –, ficando sujeitos aos pressupostos formais constantes do art. 188º do Código de Processo Penal. 3. Não fazendo parte dos pressupostos substanciais a fixação de prazo para a recolha da voz ou de imagem, que teve lugar durante o inquérito e que foi devidamente autorizada pelo juiz de instrução criminal, não se encontra ferida de nulidade a prova obtida por esse meio. 4. Não se trata de prova proibida, nem se verifica abusiva intromissão na vida privada, garantida constitucionalmente, pois, **sendo o crime de tráfico de estupefacientes um crime de**

²⁴⁸⁸ Em sentido oposto, privilegiando o direito à privacidade e ao sigilo telefónico (mas, ainda assim, com fundamento no princípio da proporcionalidade — artigo 18º, 2, da CRP — para proferir interpretação conforme), cf. TC 528/03, proc. 597/03, 3ª Secção, rel. Cons. GIL GALVÃO, j. 31.10.2003. Neste julgado, o TC decidiu “a) julgar inconstitucional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 32º nº 8, 34º nºs 1 e 4 e 18º nº 2 da Constituição, a norma constante do artigo 188º, nº. 1 do Código de Processo Penal, na redacção anterior à que foi dada pelo Decreto-Lei 320 -C/2000, de 15 de Dezembro, quando interpretada no sentido de não impor que o auto da interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas seja, de imediato, lavrado e levado ao conhecimento do juiz; b) em consequência, conceder provimento ao recurso, ordenando a reforma da decisão recorrida em conformidade com o decidido sobre a questão de constitucionalidade” (g.n.).

grande danosidade social, a compressão dos direitos individuais decorrentes da utilização deste meio de prova não se tem por desproporcionada e, por se tratar de meio de prova documental, não é desnecessário, estando sujeito ao controlo judicial, que valora se os elementos recolhidos são, ou não, relevantes para a prova do crime”²⁴⁸⁹.

E, no corpo da decisão:

“O art. 189º do Código de Processo Penal fere com nulidade a falta de observância dos requisitos e condições referidos nos arts. 187º e 188º. Todavia, conforme tem decidido o Supremo Tribunal de Justiça, haverá que distinguir a omissão das formalidades substanciais que constitui nulidade absoluta da falta de acatamento dos pressupostos formais contidos na lei processual, que integra nulidades relativas. Aplicando o regime das nulidades, teremos pois que a falta de observação dos pressupostos substanciais fere com nulidade insanável o acto, enquanto que o não cumprimento dos pressupostos formais constitui nulidade, sanável, o que obriga à sua arguição atempada. Não fazendo parte dos pressupostos substanciais a fixação de prazo para a recolha da voz ou de imagem, que teve lugar durante o inquérito e que foi devidamente autorizada pelo juiz de instrução criminal, não se encontra ferida de nulidade a prova obtida por esse meio.

Na espécie, é fato que as interceptações telefônicas foram feitas sem predeterminação de prazo. E é certo que, nos termos do artigo 126º, 3, do CPP, os meios de prova que perfazem intromissão na vida privada ou nas telecomunicações do investigado e não estão por ele autorizados só podem ser obtidos nos “*casos previstos em lei*”, o que pressupõe a observância de sua forma e dos seus pressupostos; entre eles, o *controle judicial* (v. Lei n. 5/2002 e artigos 187º a 188º do CPP), a que o próprio aresto se refere. Ora, sem modulação de modos e prazos, não há controle judicial; há, sim, liberdade e discricionariedade policial, a partir do dia da autorização. Por isso, no Brasil, revertendo jurisprudência anterior, o STJ declarou ilícitas as provas materiais colhidas pela polícia durante dois anos consecutivos, mediante interceptações telefônicas com prazos judiciais prorrogados muitas vezes (HC n. 76686/PR (2007/026405-6), rel. Min. NILSON NAVES, *in* DJ 10.11.2008)²⁴⁹⁰. Assim, conquanto a argumentação do Cons. SOTTOMAYOR

²⁴⁸⁹ STJ, Proc. n. 07P1771 (JSTJ000), doc. n. SJ200707120017715, rel. Cons. ARMÉNIO SOTTOMAYOR, j. 12.07.2007 (g.n.).

²⁴⁹⁰ *In verbis*: “[...] 9. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), por que não os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º)? Ou por que não razoável prazo? Desde que, é claro, neste, tenhamos decisão exaustivamente fundamentada, e não, e aí

encaminhe a ideia da incolumidade “*in tese*” do meio de prova (ausência de pressuposto não “substancial”), parece-nos mesmo ter havido inflexão formal das regras de exclusão (que não admitem, por motivos óbvios, restrições “livres” ou não controladas de direitos fundamentais), no cotejo com a gravidade objetiva do crime e as circunstâncias fáticas verificadas. E, ainda que assim não fosse, não é plausível sustentar que as interceptações possam se perenizar, sob pena de malferimento da própria garantia de conteúdo essencial do direito à privacidade e ao sigilo telefônico (“*Wesenskern*”). A questão, portanto, será *sempre* de proporcionalidade/razoabilidade na modulação de prazos para a obtenção da prova²⁴⁹¹, ainda que a lei formal não fixe prazos.

Mesmo as jurisdições internacionais não têm sido indiferentes a essas necessidades de inflexão. No âmbito do TEDH, p.ex., tem-se entendido descaber excluir, por princípio e em abstrato, a admissibilidade de uma prova obtida de forma ilegal, se — afora esse aspecto — o processo em seu conjunto revela um caráter equitativo (*supra*, §19º, n. II, e notas ns. 1607 e 1607); e, por outro lado, tem-se reconhecido a violação ao artigo 6º, 1, da CEDH quando os tribunais nacionais admitem provas que, malgrado o acolhimento pelo

não mesmo, prazo fora dos conceitos razoáveis. Relembremos que o recente projeto estabelece o prazo máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, que eu, confesso-lhes, entendo ser uma demasia. Ora, não se interpretam, segundo o excelso Maximiliano (também ocupou ele uma das cadeiras do Supremo Tribunal, entre 1936 e 1941), estritamente as disposições que restringem a liberdade humana; de igual maneira, as que restringem a intimidade, a vida privada, etc.? Concluindo, Srs. Ministros, o meu entendimento, ao contrário do acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é o de que há, no caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, há, sim, violação do princípio da razoabilidade (entre normas/princípios ou princípios/normas de opostas inspirações ideológicas, a solução do conflito, repito, há de privilegiar a liberdade, a intimidade, a vida privada, etc.). Daí que, Srs. Ministros, concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das indicadas comunicações telefônicas; conseqüentemente, nulos torno – e declarados assim ficam – os pertinentes atos processuais da Ação nº 2006.70.00.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito” (g.n.). Nos debates, o Min. PAULO GALOTTI chegou a declarar, em tom de desabafo, que “[n]ão podemos compactuar com a quebra de um valor constitucional. Dois anos é devassar a vida desta pessoa de uma maneira indescritível. Esta pessoa passa a ser um nada”.

²⁴⁹¹ O que foi pontuado, no caso brasileiro (STJ, HC n. 76686), pela desembargadora convocada JANE SILVA, ao afirmar que, para além dos requisitos legais, as interceptações devem observar “os limites da razoabilidade”. A questão, pois, não é de pressupostos formais ou substanciais da interceptação, mas de *juízos concretos de proporcionalidade* quanto à duração da interceptação, que de regra deve ser aprazada (no Brasil, é a própria Lei n. 9.296/1996 a dizê-lo, em seu artigo 5º, diversamente da Lei n. 5/2002 ou dos artigos 187º a 189º do CPP luso). No HC submetido ao STJ, decidiu-se pela desproporcionalidade/irrazoabilidade das sucessivas prorrogações (que anteriormente vinham sendo largamente admitidas, desde que justificadas pelas “necessidades da investigação”); já no recurso apresentado ao STJ lusitano, entendeu-se pela proporcionalidade/razoabilidade da duração, à luz da gravidade do delito e das circunstâncias de fato (como apuradas nas instâncias anteriores) — o que, de regra, não será adequado. Infilete-se, e inflete-se mal, quando se força a admissibilidade da prova em detrimento dos metalimites dialógicos.

direito interno, venham a comprometer aquele caráter equitativo. Vejam-se, entre outros, *Lüdi v. Suíça*, (16.06.1992), *Pélissier e Sassi v. França* (25.03.1999), *Khan v. Reino Unido* (12.05.2000), *Edwards v. Reino Unido* (16.12.1992) e *Schuler-Zgraggen v. Suíça* (24.06.1993)²⁴⁹².

Na doutrina portuguesa, similares “relativizações” também são consentidas por COSTA ANDRADE, inclusive “*pro societate*”, desde que para *finalidades eminentemente preventivas*; já para fins predominantemente repressivos, sustenta que “[n]ão pode existir qualquer investigação da verdade à custa do sacrifício da dignidade humana. [...] Neste domínio não pode ter lugar uma ponderação com interesses comunitários ou as exigências de justiça do ofendido segundo o princípio da proporcionalidade”²⁴⁹³. Assim, na dicção do

²⁴⁹² No caso *Schuler-Zgraggen*, reputou-se violado o artigo 6º, 1, da CEDH, porque, em sede probatória, o tribunal suíço admitiu, contra os interesses da reclamante (cujas pretensões de segurança social foram improvidas), uma presunção “*hominis*” de caráter sexista, supostamente admitida pelo direito interno. *In verbis*: “*D’après la requérante, le Tribunal fédéral des assurances a fondé son arrêt sur une “hypothèse tirée de l’expérience de la vie courante”, à savoir que nombre de femmes mariées interrompent leur activité professionnelle à la naissance de leur premier enfant et ne la reprennent que plus tard (paragraphe 29 ci-dessus). Il en a déduit que Mme Schuler-Zgraggen aurait renoncé à un emploi même si elle n’avait pas eu de problèmes de santé. Or la requérante estime que si elle appartenait au sexe masculin, jamais la haute juridiction n’aurait formulé pareille supposition, contredite par de multiples études scientifiques. 65. Le Gouvernement plaide l’inapplicabilité de l’article 6 par. 1 (art. 6-1) et par ricochet celle de l’article 14 (art. 14): le grief aurait trait à l’administration des preuves, domaine qui ressortirait pour l’essentiel à la compétence des autorités étatiques. 66. La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et qu’il revient en principe aux juridictions nationales d’apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche que lui attribue la Convention consiste à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable (voir en dernier lieu, mutatis mutandis, les arrêts Lüdi c. Suisse du 15 juin 1992, série A n° 238, p. 20, par. 43, et Edwards c. Royaume-Uni précité, pp. 34-35, par. 34). 67. En l’occurrence, le Tribunal fédéral des assurances a repris intégralement à son compte l’hypothèse retenue par la commission de recours et relative à la cessation d’activité des femmes devenues mères. Il n’a pas essayé d’en discuter lui-même le bien-fondé en s’appuyant sur des arguments opposés. Telle qu’elle se trouve formulée dans l’arrêt de la juridiction suprême, l’hypothèse en question ne peut passer, comme l’affirme le Gouvernement, pour une simple remarque accessoire, à la rédaction maladroite mais à l’incidence négligeable. Elle constitue au contraire l’unique base de la motivation adoptée, revêtant ainsi un caractère décisif, et introduit une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe. Or la progression vers l’égalité des sexes est aujourd’hui un but important des États membres du Conseil de l’Europe, et seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une telle différence de traitement (voir, mutatis mutandis, l’arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 77, p. 38, par. 78). La Cour n’aperçoit rien de tel en l’espèce. Elle conclut donc que faute de justification objective et raisonnable, il y a eu infraction à l’article 14 combiné avec l’article 6 par. 1 (art. 14+6-1)” (g.n.).*

²⁴⁹³ Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p.241. Em igual sentido, no Brasil, leia-se: “A cláusula constitucional do devido processo de law — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito a não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado” (STF, AP n. 307-3/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, in DJU 13.10.1995 [g.n.]). Ainda: STF, HC n. 69.912-

autor (que, afinal, deixa óbvio o raciocínio estribado em ponderações concretas de possibilidades),

“[c]remos [...] ser de sustentar a inadmissibilidade e, por isso, a coberto de estrita proibição de prova, da intervenção do ‘homem de confiança’ [= agente infiltrado] que se limita a provocar uma pessoa ao consumo, v.g., de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal — *sc.*, como ‘mero consumidor’ — o perseguir penalmente. O mesmo tenderá a valer, em geral, para os demais casos de intervenção de ‘homens de confiança’ com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à ‘repressão’ de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à idéia duma ‘administração eficaz da justiça penal’. **O tratamento já poderá ser diverso sempre que o ‘homem de confiança’ prossiga finalidades exclusiva ou prevalentemente ‘preventivas’.** ‘Pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros’”²⁴⁹⁴.

Antes, aliás, já pontuava e ilustrava:

“Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça pela via da perseguição penal, identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à **área problemática das proibições de prova**. Para além disso e como já deixámos sugerido, não será difícil configurar situações ou constelações típicas em que **a produção ou valoração daquelas provas constitui meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessual-penais**. [...] quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumir um massacre de inocentes. A vida oferece, assim, uma **fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos**”²⁴⁹⁵.

Amiúde, porém, e notadamente na jurisprudência brasileira, as inflexões formais em sede de prova ilícita têm sido admitidas em favor do *réu*, não da sociedade. E com os

0, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, in DJU 25.03.1994; STF, REExt n. 251445-4, rel. Min. CELSO DE MELLO, in DJU 03.08.2000).

²⁴⁹⁴ Costa Andrade, *Sobre as proibições...*, p.232.

²⁴⁹⁵ *Idem*, pp.81-82.

exatos fundamentos ora dispostos. Na dicção de GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e GOMES FILHO,

“não deixa de ser, em última análise, manifestação do **princípio da proporcionalidade** a posição praticamente unânime que reconhece a **possibilidade de utilização, no processo penal, de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros**. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*”²⁴⁹⁶.

Nesse encaixe, admitindo prova proibida (por violação à intimidade de terceiro) em favor do réu, com base no princípio da proporcionalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já assertou que

“[o] direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado “critério da proporcionalidade” consagrado pelos tribunais alemães” (TJSP, j. 16.09.1992, *in* RJTJESP-Lex 138, pp. 526 e ss).

E mais recentemente, em sede administrativa, novamente com base na proporcionalidade/razoabilidade — mas desta feita em favor da Administração —, o mesmo tribunal decidiu:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Pretendido desentranhamento de fita magnética de inquérito administrativo - Apelante citado em conversa telefônica - Alegado direito à intimidade — Colisão de direitos — Aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade - Prevalência do interesse público na apuração de falta funcional - Sentença denegatória mantida - Recurso não provido” (TJSP, Apel. n. 9124127-57.2000.8.26.0000, 3ª Câmara. Direito Público, rel. Des. MAGALHÃES COELHO, j. 21.09.2004).

Ou seja: *inflexões formais* da restrição constitucional à prova ilícita (artigo 5º, LVI, da CRFB), forjadas na tensão concreta com outros direitos fundamentais que estejam em jogo, inclusive aqueles diretamente ligados ao “*procedural due process*” (como o contraditório e a ampla defesa), dimensionando concretamente os metalimites dialógicos do “*substantive due process*”. Se é assim no processo penal e no processo administrativo

²⁴⁹⁶ As nulidades..., p.161 (g.n.).

sancionatório, haverá de ser também, com mesma ou até maior razão, no processo civil ou laboral — sobretudo se colidirem concretamente pretensões materiais de cariz jusfundamental, carreando complexidade a uma tensão que aprioristicamente já é constitucional²⁴⁹⁷: como registrou a *Cassazione* italiana em 1966, “*se se nega ou se limita à parte o poder processual de representar ao juiz a realidade dos fatos a ela favoráveis, se se lhe nega ou lhe restringe o direito a exhibir os meios representativos daquela realidade, se recusa ou se limita [a] tutela [jurisdicional]*”²⁴⁹⁸, que afinal integra a sua garantia de um processo justo ou equitativo.

²⁴⁹⁷ A partir do que bem se explica a finalidade, identificada por VIGORITI (para os ordenamentos italiano e estadunidense), de “*attribuire dignità costituzionale alla tendenza, generalmente accolta nel diritto comparato, a sostituire ad una valutazione astratta ed aprioristica, operata in anticipo per classi di fatti, la possibilità di una verifica caso per caso, in concreto degli elementi di prova proposti dalle parti*” (Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, Giuffrè, 1970, p.96). O que ora sustentamos é justamente que essas valorações concretas não se limitem à formação da convicção em torno do *objeto a provar*, aplicando-se também, quando necessário, à própria questão da *admissibilidade dos meios de prova*.

²⁴⁹⁸ Cass., j. 03.06.1966, n. 53. Este julgado levou VIGORITI a reconhecer que “*la giurisprudenza costituzionale italiana, facendo leva sulla connessione fra azione e difesa da un lato, e disponibilità dei mezzi di prova dall’altro, ha individuato fra le garanzie costituzionali del processo un diritto alla prova assicurato alle parti dall’art. 24 Cost.*” (Vigoriti, *Garanzie...*, pp.92-93), após alguma hesitação sentida em decisão anterior (n. 45/1963). Aliás, é exatamente por isso — pelo entendimento de que tanto o *direito à prova* como o *direito à exclusão da prova* são consectários constitucionais da cláusula do devido processo formal — que as doutrinas da tradição latina, à diferença daquelas de base anglo-saxônica (*supra*, tópico 31.1, n. IV), tendem a não admitir, como hipótese de exclusão das regras de inadmissibilidade de provas ilícitas, a condição de *boa-fé* (“*good faith*”) no momento da produção do meio de prova. A própria concepção da *dimensão objetiva* (ou *institucional*) dos direitos humanos fundamentais não o admitiria. Por outro lado, no âmbito do STJ, já se considerou a *má-fé* das partes que arguiam a ilicitude da prova (obtida com violação do sigilo bancário) como argumento de reforço para afastar as regras de inadmissibilidade, ao lado da própria exceção de inevitabilidade da descoberta da prova (que, vimos *supra*, também exclui as “*exclusionary rules*” na tradição estadunidense). *In verbis*: “HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre **apoio no princípio da proporcionalidade**, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito à própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na

Mas compreendamos melhor tais inflexões formais. Por que, afinal, a mediação das tensões entre interesse público e direitos fundamentais (ou desses entre si) pela via da proporcionalidade é a mais adequada? E, se se pode admitir certa prova obtida com restrição a direitos fundamentais de outrem, pode-se também exigí-la processualmente? Como isso se justifica na lógica da decisão, diante de textos tão peremptórios como os do artigo 32º, 8, da CRP e do artigo 5º, LVI, da CRFB?

II. No caso português, a estrutura do sistema jurídico-positivo permite visualizar mais claramente tal mediação. Trabalhem com o artigo 519º do CPC (v., *supra*, §17º, n. II). Se o princípio da proporcionalidade pode excetuar a regra peremptória do artigo 32º, 8, da CRP (no âmbito do processo criminal), com mesma razão pode informar as restrições do n. 3 do artigo 519º, sem necessidade de previsão expressa; e permitir, assim, que se admitam ou exijam determinadas provas, mesmo com a disposição física da pessoa. Trata-se, como sempre, de princípio implícito que deve ser operado pelo juiz — cível ou criminal — como instrumento de calibragem do sistema jurídico.

É que, na verdade, o fundamento último da ilicitude das provas obtidas com violação dos sigilos constitucionais ou de direitos individuais, como a reserva da vida privada e a integridade física e moral, é o mesmo das restrições legais ao dever de cooperação (v., *e.g.*, artigo 519º, 3, “a” e “b”, do CPC português). Esse fundamento se espraia pela esfera administrativa e pela esfera cível em geral²⁴⁹⁹, conquanto o artigo 32º da

verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada” (STF, HC n. 52.995-AL (20060011608-1), 6ª T., rel. Min. OG FERNANDES, j.16.09.2010 [g.n.]).

²⁴⁹⁹ O que está de algum modo reconhecido na equiparação do n. 10 do mesmo artigo 32º da CRP, quanto aos processos de contra-ordenação e sancionatórios em geral, que não têm caráter penal “*stricto sensu*”. Essa equiparação tem servido até mesmo como amparo jurídico para a anulação de decisões soberanas de órgãos colegiados no âmbito de associações civis. Cf., *e.g.*, STJ, RR, Proc. n. 03B1348 (JSTJ000), doc. n. SJ200305150013482, rel. Cons. Ferreira de Almeida, un., j. 15.05.2003. Tratava-se da exclusão de cooperador dos quadros de cooperativa de habitação, sem lhe garantir, com plenitude, os direitos de audiência e defesa. Ponderou-se que “*constitui princípio estruturante do direito sancionatório o de que recai sobre a entidade acusatória e/ou detentora do “jus puniendi” o encargo de demonstrar o preenchimento dos*

CRP refira-se textualmente às garantias do processo-crime. Mas haverá casos — inclusive naquelas duas primeiras esferas — em que a pretensão material “*sub iudice*” detém dignidade igual ou superior à do direito ou interesse contraposto. Isso significa que as restrições do artigo 519º do CPC português não são realmente absolutas, como “*a priori*” não o são as proibições do artigo 32º, 8, da CRP, ou a do artigo 5º, LVI, da CRFB. O que reconduz o debate aos esquemas gerais da **teoria da decisão**.

Em todos os processos judiciais há sucessivas *resoluções discursivas de tensões entre pretensões de validade*, uma vez que todos os mandados (= diretrizes para a ação) pressupõem e exigem uma fundamentação ética de validade. Essa fundamentação baseia-se em valorações referidas às necessidades ou aos interesses dos participantes do discurso (autor, réu e/ou terceiros envolvidos), cada qual com suas pretensões de validade e as respectivas relações de prioridade (que hierarquizam, a seu modo, as múltiplas alternativas possíveis de satisfação de necessidades ou realização de interesses²⁵⁰⁰). Assim, *e.g.*, em uma ação de investigação da paternidade, o autor pode entender que o seu direito à identidade biológica tem prioridade em face da integridade física ou moral do réu, minimamente menoscabada se o mesmo for compelido a fornecer saliva ou sangue para determinado teste. O réu, por seu turno, sustentará a prioridade da pretensão oposta, a saber, a de não se sujeitar coercivamente a qualquer constrangimento físico para fins probatórios, à falta de permissivo constitucional expresso.

A resolução discursiva de um problema como esse significa, do ponto de vista formal, a criação argumental de uma relação de prioridade entre pretensões de validade que, por sua vez, também representam relações (entre possibilidades alternativas de agir). Daí se falar em *metaordens discursivas*, nas quais se estabelecem conexões de

pressupostos formais e substantivos do respectivo procedimento”, tratando-se de “*procedimento no qual assume relevo fundamental — como formalidade essencial cuja preterição representa mesmo nulidade insuprível — a observância dos princípios da audiência e defesa, ou seja, o princípio do contraditório*”; já por isso, entendeu-se “*tal sanção enferme de manifesta ilegalidade formal, não podendo, por isso, subsistir na ordem jurídica*”. Nessa concreta matéria, o princípio do contraditório ganha substância no artigo 37º, 3 e 5, da Lei 51/96 (Código Cooperativo).

²⁵⁰⁰ Cf., em geral, Lucian Kern, “*De Habermas a Rawls. El discurso practico y el modelo del contrato: una comparación desde la lógica de la decisión*”, in Lucian Kern, Hans Meter Müller (comp.), *La justicia: discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, GEDISA, 2000, pp.143-148.

fundamentação ética entre as várias pretensões de validade. Perquire-se, nesse plano, um *critério de prioridade* que determine, dentre as várias metaordens individuais (sensíveis às idiossincrasias dos interlocutores), uma metaordem *comum* a todas, capaz de ditar impessoalmente a “*norma agendi*” no caso concreto. Para HABERMAS, esse critério corresponde ao *princípio do melhor argumento*: haverá sempre um e apenas um participante do discurso com o melhor fundamento, cuja metaordem será capital para a decisão eticamente válida²⁵⁰¹. Essa é, todavia, uma teoria *formal* de decisão: HABERMAS não explicou qual metaordem individual deve substancialmente obter a suprema prioridade, nem tampouco a respectiva hierarquia dos porquês²⁵⁰². Quem melhor o fez foi JOHN RAWLS, ao enunciar, na sua teoria da justiça (que repercute nas esferas da teoria da decisão), o *princípio da diferença*: deve-se adotar a alternativa cuja pior consequência seja melhor que cada uma das piores consequências das outras alternativas disponíveis (“*maximum minimorum*”)²⁵⁰³.

E como operacionalizar esse modelo nos escaninhos do Direito, especialmente no direito probatório?

III. O critério de prioridade das pretensões de validade geralmente não está dado nas legislações. O artigo 519º do CPC luso, p.ex., apenas transfere o problema ao intérprete, ao cominar multa — “*sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis*”

²⁵⁰¹ Jürgen Habermas, “*Wahrheitstheorien*”, in H. Fahrenbach (comp.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Festschrift für Walter Schultz zum 60. Geburtstag, Pfullingen, Neske, 1973, pp.211-265.

²⁵⁰² Lucian Kern, *op.cit.*, p.155.

²⁵⁰³ John Rawls, *A Theory of Justice*, pp.75-80. Para um habilidoso cotejo entre os pensamentos de HABERMAS e RAWLS, v. Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas: une question de Philosophie du Droit*, Bruylant (Bruxelles), Les Presses de l’Université Laval, 2005, *passim*. Quanto à dimensão estritamente social do princípio de diferença, leia-se em RAWLS: “*The intuitive idea is that the social order is not to establish and secure the more attractive prospects of those better off unless doing so is to the advantage of those less fortunate. [...] Then the difference principle is a strongly egalitarian conception in the sense that unless there is a distribution that makes both person better off (limiting ourselves to the two-person case for simplicity), an equal distribution is to be preferred*” (*A Theory of Justice*, pp.75-76). Esse raciocínio, originalmente destinado à distribuição social de recursos, tem consagrada aplicação à gestão de expectativas e pretensões de validade. Nesse último sentido, v. Lucian Kern, *op.cit.*, p.157 (analisando RAWLS por STEPHEN STRASNICK): “*Por último, hay que formular el criterio de prioridad correspondiente a la teoría de Rawls. La idea aquí es que a la persona que, con respecto a la “distribución” de los valores individuales de las pretensiones de validez, es la peor situada, hay que otorgarle el argumento decisivo de prioridad si se da una situación en la que estaría todavía peor situada si obtuviera prioridad el meta-orden individual de la persona mejor situada*”.

(n. 2) — àqueles que recusem a colaboração **devida**. Mas qual é a colaboração “devida”? Se o réu se nega a fornecer material biológico para um teste de paternidade, ao amparo da liberdade pessoal e do direito à integridade física, a colaboração a que foi instado era ou não “devida”? Toda colaboração que importar em afetação da integridade física ou moral das pessoas será sempre “indevida” (n. 3, “a”), ainda que o interesse visado no processo seja qualitativa e/ou quantitativamente mais relevante? A dicção do artigo 519º não oferece essas respostas, porque não enuncia um critério de prioridade suficientemente genérico e flexível.

Tampouco se encontra esse critério no artigo 335º do CC, pelo qual “*havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*” (n. 1), mas prevalecendo o direito superior, se forem desiguais ou de espécies diferentes (n. 2). Ao contrário do que se poderia pensar à primeira leitura, a norma do n. 1 não pode ser confundida com a “*praktischer Konkordanz*” de KONRAD HESSE; já a do n. 2 supõe direitos com diversa dignidade, o que nem sempre se verifica. Num processo de investigação de paternidade, se o réu é instado a fornecer material biológico para um teste de DNA e se nega a fazê-lo, só há duas possibilidades: ou a sua recusa é legítima, afirmando-se então a prevalência do seu direito à integridade física, ou a recusa é ilegítima e o réu sofrerá as consequências (da inversão do ônus da prova — *e.g.*, no Brasil, artigo 232 do NCC — à colheita coercitiva), prevalecendo o direito do autor à identidade biológica. Não se pode dizer, todavia, que o direito à identidade biológica seja “superior” ao direito à integridade física, ou vice-versa: ambos são direitos fundamentais de mesma magnitude e não há, no processo, uma solução de contingência em que ambos, autor e réu, possam ceder “na medida do necessário”. Da mesma forma, a testemunha pode ser legalmente compelida a comparecer em juízo para prestar depoimento²⁵⁰⁴, ainda que se recuse a colaborar e a sua oitiva se revele ao depois inservível; nem por isso, dir-se-á que o direito à prova dos litigantes é superior à sua liberdade de ir e vir (e a existência de permissivos legais não prejudica o exemplo, porque a norma legal só pode restringir

²⁵⁰⁴ V. no Brasil, o artigo 412, *caput*, 2ª parte, do CPC, e o artigo 825, par. único, da CLT; em Portugal, v. o artigo 629º, 4, do CPC.

direitos fundamentais com obséquio constitucional e nos limites da proporcionalidade²⁵⁰⁵). O critério do artigo 335º servirá, se muito, aos casos em que não há colisão de direitos e garantias fundamentais, ou quando se possam identificar direitos fundamentais “desiguais ou de espécie diferente”²⁵⁰⁶ (n. 2), ou ainda quando as posições em conflito admitam acomodação mediante concessões recíprocas para uma “igual” produção de efeitos (n. 1). Em geral, porém, a casuística processual mais emblemática em sede de provas proibidas não se subsume a qualquer dessas hipóteses (inclusive porque estão em causa, amiúde, elencos complexos e integrados de pretensões jurídicas processuais e materiais que não se resumem à unidade fundamental pressuposta pelo artigo 335º) .

Qual será, portanto, o *melhor argumento*?

A argumentação jusfundamental que se cunhar tenderá a servir, a um tempo, tanto para a *admissão* quanto para a *obtenção* de meios de prova que impliquem restrições de direitos fundamentais (geralmente proibidos por regras de inadmissibilidade), com apenas uma gradação lógica: se se pode *obter* processualmente a prova (i.e., se se admitem meios processuais coercitivos para a obtenção da prova), “*a fortiori*” pode-se sempre *admiti-la* no processo; a recíproca, porém, não é verdadeira: haverá provas que não se podem *obter* processualmente, mas que, mediante ponderações concretas, podem vir a ser *admitidas* processualmente (voltando às ilações de COSTA ANDRADE, pense-se no meio de prova

²⁵⁰⁵ No Brasil, e.g., não há preceito constitucional como o do artigo 18º, 2, ou o do artigo 27º, 3, “f”, da CRP, mas a legislação infraconstitucional prevê a condução “*manu militari*” da testemunha renitente (v. nota anterior); alguns juízes chegam mesmo a determinar a custódia provisória para assegurar o comparecimento no local e horário designados. Cf. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópico 3.4.3.

²⁵⁰⁶ Sobre a **hierarquia constitucional dos direitos fundamentais**, esboçamos alhures um paradigma hipotético, como já apontado neste estudo. V. G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, tópicos 3.2.3 e 3.2.4. Ali sustentamos, nas considerações finais (“*À guisa de conclusão*”, §10º), que “*se pode estabelecer entre os direitos e os interesses juridicamente protegidos uma hierarquia mínima hipotética (que não é, por isso mesmo, absoluta, dependendo do plexo de direitos e interesses que estejam concretamente em risco). Entre os direitos fundamentais do panteão constitucional, prevalecem os direitos individuais sobre os direitos e interesses metaindividuais (difusos ou coletivos); entre os direitos individuais fundamentais, prevalecem os de primeira geração (direitos de liberdade) sobre os de segunda (direitos de igualdade), terceira (direitos de solidariedade) e quarta geração (direitos de informação e participação); entre os direitos individuais fundamentais de primeira geração, prevalecem os de personalidade; e, entre os direitos de personalidade, prevalecem os direitos à vida, à integridade física e à liberdade corporal-espacial, assim como os seus consectários diretos (inclusive o direito à identidade biológica). Nada obstante, os interesses anexos juridicamente relevantes (especialmente os de ordem pública ou transindividual) contribuem sobremodo para a identificação das posições prevalentes e interferem na ponderação concreta, podendo eventualmente subverter aquela ordem primacial*”.

obtido extrajudicialmente, sob tortura, e admitido a justificar pronta diligência de arrombamento, busca e apreensão para impedir um atentado terrorista...).

Como visto, as legislações normalmente não oferecem resposta para a indagação do melhor argumento (v. os artigos 519º do CPC e 335º do CC, em Portugal, ou os artigos 339 a 341 do CPC, no Brasil). Em messes mais filosóficas, se nos fiarmos na teoria habermasiana, tampouco haverá resposta substantiva, mas apenas a segurança de que *existe*, em cada contexto discursivo, uma metaordem prioritária de pretensões. A melhor resposta, portanto, encontramos-la com o princípio da diferença de RAWLS, por permitir enunciar, como “*maximum minimorum*”, a metaordem que entabula, entre as múltiplas alternativas de ação, o sacrifício *menos gravoso*: a sua pior consequência é ainda melhor que a pior consequência de qualquer uma das metaordens contrapostas.

Consideremos a sua aplicação na polêmica hipótese de um meio de prova obtido com prejuízo da incolumidade física de outrem (*e.g.*, um exame de DNA realizado a partir de amostra sanguínea ou fio de cabelo obtido de modo não consentido, com fraude ou mesmo com moderada violência). A jurisprudência tende a rechaçá-la, com maior ou menor veemência (no Brasil, v. HC n. 71.373/RS, rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. 10.11.1994; em Portugal, v. STJ, RR, Proc. n. 02A1633, doc. n. SJ200205280016336, rel. Cons. AFONSO DE MELO, j.28.05.2002; STJ, Ag., Proc. n. 084617, doc. n. SJ199511150846171, rel. Cons. RAMIRO VIDIGAL, j. 15.11.1995). Suponha-se, porém, que uma tal prova seja efetivamente apresentada em uma ação de investigação de paternidade, não havendo qualquer outra possibilidade de prova nessa situação hipotética: trata-se, *e.g.*, de ação movida pelo Ministério Público, legitimado para a defesa em juízo de interesses indisponíveis (como são os de crianças e adolescentes a alimentos), sendo certo que, por razões quaisquer, é a mãe quem se nega a apresentar o menor para a colheita de amostra sanguínea ou similar (o pai, réu, não se nega à prova, mas contesta a paternidade). Tenha-se em consideração, enfim, que o direito à identidade biológica é um direito humano fundamental, traduzindo o fulcro notável de intersecção entre a identidade genética e a

identidade pessoal²⁵⁰⁷ (v., e.g., o artigo 26º, 1 e 3, da CRP); e, nessa medida, objetiva-se perante o Estado (= dimensão objetiva dos direitos fundamentais), engendrando deveres, e não pode ser renunciado pelo substituído (e muito menos por sua mãe). Sob tais circunstâncias, o que será mais proporcional/razoável? *Excluir a prova*, diante da peremptoriedade literal dos preceitos que regem a prova proibida (artigo 5º, LVI, da CRFB e artigo 32º, 8, da CRP — quanto à “*integridade física ou moral da pessoa*”), e negar ao autor o seu direito à identidade biológica; ou *admitir a prova*, por adequada à sua finalidade (comprovar a paternidade), absolutamente necessária (por possível outra solução, substantiva ou processual, que não sacrifique absolutamente a pretensão material) e estritamente proporcional (sopesando-se, de um lado, a identidade biológica, e, de outro, o sacrifício módico e ordinário da integridade física²⁵⁰⁸)? Estamos em que uma adequada aplicação da “*due process clause*”, que conjugue o devido processo formal e substantivo, não permitirá resposta diversa: *a prova há de ser admitida*. No modelo de RAWLS, a sua “pior consequência” (a insignificante lesão física)²⁵⁰⁹ é certamente melhor que a pior consequência de qualquer outra metaordem contraposta (e.g., seguir ignorando vitaliciamente a paternidade biológica).

Isso não significa, entretanto, que essa relação de prioridade possa ser generalizada. É, aliás, o que se aprendeu acerca das normas-princípios, com DWORKIN²⁵¹⁰ e ALEXYY²⁵¹¹ (v., *supra*, §24º). Se, em disputa semelhante, a obtenção da prova biológica implicasse agudo sofrimento físico ou mutilação, o princípio da diferença recusaria prioridade à metaordem de pretensões conducente àquela atividade probatória (ou mesmo à

²⁵⁰⁷ Cf., por todos, Paulo Otero, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, pp.83 e ss.; João Carlos Gonçalves Loureiro, “*O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*”, in *Stvdia Ivridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Colloquia-2, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp.326 e ss.

²⁵⁰⁸ Diz-se “ordinário” porque a perda de um fio de cabelo (suficiente para um teste de DNA) é o tipo de “lesão” que todo cidadão — exceto os inteiramente calvos — experimenta diariamente.

²⁵⁰⁹ Dizer “pior consequência” é, a propósito, ainda *admitir* alguma significação jurídico-constitucional para a perda de uma gota de sangue ou de um fio de cabelo. Isso porque, para algumas linhas de argumentação, a colheita módica de material biológico (cabelo, sangue, saliva) sequer configuraria violação ao direito à integridade física. Nesse último sentido, cf., por todos, Paula Costa e Silva, “*A realização coerciva...*”, pp.598-599.

²⁵¹⁰ *Taking Rights Seriously*, pp.24-25.

²⁵¹¹ *Theorie...*, pp.104-106.

admissão do seu resultado). Num caso e noutro, porém, os direitos contrapostos terão sido os mesmos: direito à integridade física *vs.* direito à identidade biológica²⁵¹².

Note-se que a opção pelo “*maximum minimorum*” é sempre uma opção por certa metaordem na qual se organizam várias pretensões processuais e materiais. E é, sempre, uma solução de *eficácia ótima*, tendente a preservar o mínimo irreduzível de todos os direitos fundamentais em colisão e a assegurar-lhes a máxima efetividade possível (no que converge — agora sim — para a concordância prática hessiana). Quando esses direitos são de mesma hierarquia, o princípio da diferença permite apará-los e conciliá-los em termos razoáveis, sem sacrifícios definitivos ou dogmas de subordinação — ainda que uma metaordem de pretensões deva sempre prevalecer em juízo (não havendo “concessões” de titulares, na acepção do artigo 335º, 1, do CC). Ora, “eficácia ótima” e “aparagem” nos espaços de conflito são expressões familiares às teorias mais conhecidas de ponderação concreta de direitos, bens e valores²⁵¹³. O que demonstra que, afinal, a assimilação desse princípio de decisão se realiza, no campo judiciário, justamente com a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, com toda a sua dimensão problemática (*supra*, tópico 14.1). Ou, o que é o mesmo: o princípio da proporcionalidade realiza o princípio decisório da diferença no dédalo em que se entrecruzam o direito à prova, o dever de cooperação e os direitos fundamentais, garantindo a melhor fundamentação ética para a máxima de decisão.

IV. Esta “*vexata quaestio*” (exames coercivos de DNA), por ser limítrofe, talvez subministre a evidência mais cabal de que, sob condições excepcionais, direitos fundamentais podem ser restringidos em favor da plena realização do direito de prova (o que significará, a uma, *admitir* essa prova; e, a duas, *realizá-la*, inclusive judicialmente). Se

²⁵¹² Na ordem jurídica portuguesa, a se pretender solucionar tais questões com a aplicação dos artigos 519º do CPC e/ou 335º do CC, obteríamos, se muito, respostas abstratas de inclinação absolutista (“sempre pode”/“nunca pode”). E, tal como asseverou HESSE, problemas dessa natureza não podem ser equacionados em abstrato, pois é necessário levar em conta as circunstâncias concretas do conflito e a própria precompreensão do intérprete, que influenciam o juízo final. *In verbis*: “*Die Bindung der Interpretation an die zu konkretisierende Norm, an das Vor-Verständnis des Interpreten und an das jeweils zu lösende konkrete Problem bedeutet negative, daß es keine selbständige, von diesen Faktoren gelöste Interpretationsmethode geben kann, positive, daß das Verfahren konkretisierender Interpretation von dem Gegenstand der Interpretation, der Verfassung, und dem jeweiligen Problem bestimmt sein muß*” (*Grundzüge...*, p.30).

²⁵¹³ Assim, em HESSE, confira-se a expressão “*optimaler Wirksamkeit*” e a ideia de “aparagem” de direitos em colisão — “*beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden*” —, ambas utilizadas na demonstração da “*praktischer Konkordanz*” (*Grundzüge...*, pp.28-29).

se admitem restrições à própria indenidade física (ainda que modicamente), com maior razão se poderão restringir outros direitos, à mercê da própria hierarquia que atinamos (nota n. 2506). E, de fato, aquelas restrições *têm sido admitidas*. O Supremo Tribunal de Justiça português já decidiu — e bem —, recorrendo exatamente ao princípio da proporcionalidade (artigo 18º, 2, da CRP), o seguinte:

“I - É legítimo ordenar a comparência forçada da mãe do menor, acompanhada deste, no Instituto de Medicina Legal, para a submissão a exames de sangue.

“II - A restrição à liberdade decorrente dessa comparência forçada, bem como a constrição da integridade física que a extracção forçada de sangue constitui, se tal exame de sangue é necessário à descoberta da verdade da filiação, e se respeita, na sua realização, a dignidade da pessoa humana, representa o recurso a um meio de prova, proporcionado, não excessivo, sendo, assim, uma restrição permitida pelos ns. 2 e 3 do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa”²⁵¹⁴.

Note-se que, no julgado, foi-se além da mera “admissão” da prova obtida com restrição à integridade física alheia; determinou-se a sua própria *obtenção judicial*. Logo, se tal prova fosse obtida extrajudicialmente em condições similares (sem o consentimento da pessoa), seria indiscutivelmente admitida (argumento “*a maiori ad minus*”). Atente-se, outrossim, a que não haveria qualquer utilidade, na espécie, em se evocar o artigo 519º, 2, “*in fine*”, do CPC luso (a que equivaleria, “*mutatis mutandis*”, o artigo 232 do NCC) para fins de inversão do ônus da prova, porque a recusa não partiu do pretense pai: não havendo ônus ou dever negligenciado pelo réu, não pode haver efeitos processuais negativos para si.

No Brasil, com mesmo pendor, em voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, o STF registrou, já em 1998 (reportando-se, “*ad argumentandum tantum*”, à reforma civil alemã de 1938 — que admitira a coleta compulsória de amostras de sangue de partes e testemunhas, se “*necessária ao exame da filiação de uma criança*” — e ao julgado do *BverfGE* 79, 256, entre outros), que

“não se pode opor o mínimo ou — para usar da expressão do eminente Ministro Relator [em outro aresto] — o risível sacrifício à inviolabilidade corporal

²⁵¹⁴ STJ, RR, Proc. n. 96A901, doc. n. SJ199703110009011, rel. Cons. FERNANDO FABÍÃO, j.11.03.1997. V. também TC proc. N. 710/97, 2ª Secção, acórdão n. 438/98, rel. Cons. SOUSA E BRITO, j. 17.06.1998.

(decorrente da ‘simples espetadela’, a que alude o voto condutor do em. Ministro Marco Aurélio) — ‘à *eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade*’²⁵¹⁵.

Inegável, portanto, pelos arestos apresentados agora e há pouco (n. I), a decidida percepção dos tribunais de que as regras de inadmissibilidade de provas podem — e episodicamente devem — ser infletidas, com lastro no princípio da proporcionalidade, em vista dos interesses ou “direitos prováveis” contrapostos. Vale, afinal, a advertência de RICCI:

“[o] fato de que o ordenamento tenha fixado certas regras de admissibilidade ou tenha proibido o emprego de determinados meios instrutórios em alguns casos não significa que aquilo que porventura tenha sido coletado fora daquelas prescrições seja sempre privado de valor. Poder-se-á discutir sobre o alcance do vício, se a prova é totalmente ineficaz ou se a irregularidade pode ser sanada com a aquiescência da contraparte, sobre a natureza da norma violada que às vezes pode levar à nulidade da produção e à irrelevância da prova produzida. Mas em todo caso, [...] **não se pode absolutamente concluir por uma total ablação da prova em todos os casos nos quais foi tomada com derrogação de algum preceito de lei**”²⁵¹⁶.

Há que ponderar, pois.

Consequentemente, e pelo que exposto até aqui, deve-se agora estabelecer, como critério geral para a admissibilidade processual de provas proibidas “*a priori*” (= inflexões formais em direito probatório), um padrão de procedimento lógico-intelectivo. Caberá cogitar da admissão e valoração “*in concreto*” dos meios de prova obtidos ilicitamente “*si*

²⁵¹⁵ STF, HC n. 76.060-4, 1ª T., rel. Min. SEPÚLVEDA PERCENTE, j. 31.03.1998, in DJU 15.05.1998, p. 44. Concretamente, porém, o relator reconheceu perfilhar entendimento minoritário e votou pela *concessão da ordem de “habeas corpus”*, já que não se tratava de **prova necessária**, mas de mera *prova de reforço* (e, para tanto concluir, evocou em diversas passagens o princípio da proporcionalidade). Na ementa, lê-se: “DNA: *submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende — de resto, apenas para obter prova de reforço — submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria*”. Registre-se, pois, que a jurisprudência hoje dominante no STF tende a *não admitir* semelhante coerção probatória, ao menos na casuística já levada àquela corte. Nada obstante, a possibilidade tem sido seriamente cogitada, como se vê.

²⁵¹⁶ Gian Franco Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, p.114 (g.n.).

et quando” se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições (derivadas do princípio da proporcionalidade):

- (1) se o meio de prova for *suficiente*, em tese, para a tutela jurisdicional de direitos humanos fundamentais em risco ou crise²⁵¹⁷;
- (2) se o meio de prova for *necessário*, i.e., se não for possível ou razoável produzir-se outra prova, menos onerosa ou grave para a contraparte ou para o terceiro (*e.g.*, menos invasiva ou violenta), com igual poder objetivo de convencimento²⁵¹⁸; e
- (3) se o sacrifício dos interesses protegidos pela regras de inadmissibilidade em favor da pretensão material que o meio de prova privilegia for *estritamente proporcional*, considerando-se complexamente todos os interesses materiais em jogo (inclusive os do Estado) e mesmo, se imprescindível, a hierarquia dos direitos fundamentais em colisão²⁵¹⁹. Ou, como dissemos alhures, desde que “*o sacrifício dos interesses relacionados à inadmissibilidade da prova justifique-se em vista do interesse estatal corrente (princípio da cooperação) e dos interesses materiais subjacentes*”²⁵²⁰ (= proporcionalidade em sentido estrito). Para essa derradeira aferição, pode-se inclusive recorrer às fórmulas alexyanas²⁵²¹.

²⁵¹⁷ O subjuízo da **suficiência** evita a banalização das decisões judiciais que restringem direitos fundamentais ou que admitem indiretamente a sua restrição (pela admissão da prova), *proscribendo-os* quando a prova constituenda for meramente indiciária ou, em geral, *insuficiente* — por si só ou em conjunto com as demais provas produzidas nos autos — para justificar um provimento jurisdicional favorável.

²⁵¹⁸ Assim, *e.g.*, nas investigações de paternidade, se o autor já possuir consigo — ou puder obter — material biológico do réu ou de terceiro, legalmente recolhido, necessário para o exame de DNA; ou se houver confissão de paternidade pelo réu; ou ainda se houver mapeamento genético anterior passível de aproveitamento; ou se for possível aplicar técnica processual que permita decidir em favor da parte a quem a recusa prejudica (*e.g.*, artigo 519º, 2, do CPC luso, ou artigo 232 do NCC brasileiro; e, nesse caso específico, o artigo 1871º, 1, “*e*”, do CC português, ou o artigo 1597 do NCC); e assim sucessivamente.

²⁵¹⁹ V., *supra*, nota n. 2506. Pela hierarquia que sugerimos, não seria jamais possível, p.ex., admitir provas ilícitas — em especial as violadoras de direitos constitucionais — para favorecer a justiça pública (i.e., as condenações criminais); seriam admissíveis, porém, para preservar uma coletividade de vidas. Caminha-se, afinal, na mesma direção que COSTA ANDRADE (*supra*, n. I).

²⁵²⁰ G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, Cap. V (“*À guisa de conclusão*”).

²⁵²¹ V. Alexy, *Theorie...*, pp. 138-156; *Epílogo...*, pp.48-81. Era nossa intenção original, inclusive, adequar tais fórmulas de pesos às necessidades da presente Tese, cunhando possíveis expressões algébricas para obviar as possibilidades de inflexão do devido processo formal. Deixamos de fazê-lo, contudo, pelo tempo escasso, pelo grande volume de páginas à altura e, em especial, pela gentil recomendação da Prof.^a Dr.^a PAULA COSTA E SILVA, em orientação.

§32º. OUTRAS INFLEXÕES: RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

I. Corresponde a coisa (ou caso) julgada em sentido material à “*indiscutibilidade da essência da vontade concreta da lei afirmativa na sentença*”²⁵²². Para os clássicos, esse era um dogma inquebrantável do processo: transitada em julgado a sentença, material ou formalmente, já não se poderia, senão por intermédio de ação rescisória ou instrumento autônomo igualmente excepcional, rever o que ali se decidira em sede dispositiva. No âmbito cível, após o transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória, falava-se mesmo em “*coisa soberanamente julgada*” (o que já não se admitia em esfera processual penal, à vista da virtual imprescritibilidade/incaducidade do direito de rever sentenças penais condenatórias²⁵²³). Certa ou errada, constitucional ou não, a decisão judicial protegida por coisa soberanamente julgada tornar-se-ia perene e imutável para as partes do litígio.

A coisa julgada vem da tradição jurídica romana, nomeadamente a do período formulário (*supra*, tópico 7.3.3, n. VI), a não ser que se reconheçam os “efeitos negativos de coisa julgada” já na proibição da “*rem actam agere*”, presente no sistema das “*legis actiones*” (tópico 7.3.3, n. IV). No século II, pontificara ULPIANO que o quanto declarado por sentença ingênua deveria tratar-se como ingênuo, ainda que estivesse corrompido: “*quia res iudicata pro veritate accipitur*” (D. 25, 1, 5). No Direito Romano, porém, essa ilação não era ainda tão abrangente, na medida em que a “*res iudicata*” não alcançava as razões do “*iudex*”, mas apenas a expressão da vontade do direito no caso concreto (i.e., a condenação ou a absolvição, e, em especial, o bem da vida como assegurado a uma das partes). Na Idade Média, porém, o conceito elastece-se sensivelmente, o que se explica, segundo CHIOVENDA, pela influência dos direitos germânicos (que já consideravam “sentença” qualquer decisão emanada pelo juiz, fosse de fundo ou meramente processual), por uma inteligência pobre dos textos romanos e pelas próprias influências escolásticas no estudo do Direito (com maior inclinação para enaltecer os elementos lógicos do processo, e

²⁵²² Chiovenda, *Principios...*, t. II, pp.441 e ss.

²⁵²³ V., e.g., o artigo 622, *caput*, do CPP brasileiro: “A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”.

notadamente o seu silogismo, e menos para a afirmação da vontade da lei quanto às questões de fundo). Ora, como não se poderia cogitar da verdade da conclusão sentencial sem tomar por igualmente verdadeiras todas as suas premissas, passou-se a considerar verdadeira a própria *matéria fática* contida naquelas premissas, cunhando-se a ideia de uma “verdade formal” oponível à verdade efetiva. Daí a glosa de TANCREDI àquela anterior passagem do Digesto: “*quia res iudicata praeiudicati veritati*” (“a decisão judicial prejudica a verdade”). Ulteriormente, a distensão do conceito seria ainda maior: “*res iudicata facit de albo nigrum, originem crat, æquat quadrata rotundis naturalia sanguinis vincula et falsum in verum...mutat*”. No século XIX, o próprio SAVIGNY definiria a autoridade da sentença definitivamente julgada como “ficção de verdade”, desenvolvendo a doutrina da *extensão da coisa julgada aos motivos* e sustentando que a sua autoridade compreenderia também as *questões prejudiciais* decididas em sentença²⁵²⁴ — ideia que se espalhou, com restrições, pela maior parte dos ordenamentos²⁵²⁵. Mesmo a matéria estritamente processual, ademais, passou a transitar em julgado (coisa julgada formal e seus efeitos preclusivos). Segundo CHIOVENDA, porém, a tendência contemporânea seria a de retornar às bases romanas, particularmente em vista da dimensão pública do processo, reconhecendo-se que o juiz, enquanto “razão”, não representa o Estado; representa-o apenas enquanto “vontade”, i.e., quando afirma a vontade concreta do Estado a partir da ordem jurídica²⁵²⁶.

Para CHIOVENDA²⁵²⁷ e LIEBMAN²⁵²⁸, a universalização da figura da coisa julgada se explicaria sobretudo por razões de política legislativa (oportunidade e utilidade social), mais do que por razões imbricadas com a nota da jusfundamentalidade. No plano constitucional, porém, a inexorável implicação entre o instituto da coisa julgada e o valor

²⁵²⁴ Chiovenda, *Principios...*, t. II, pp.443-444 e nota n. 5.

²⁵²⁵ No Brasil, e.g., vejam-se os artigos 469 e 470 do CPC. *In verbis*: “**Art. 469.** Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”; “**Art. 470.** Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

²⁵²⁶ Chiovenda, *Principios...*, t. II, p.445.

²⁵²⁷ *Idem*, p.442

²⁵²⁸ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Trad. Alfredo Buzaid, Benevindo Aires, Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp.175-176.

da *segurança jurídica* — que se pode entender como o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus atos e fatos à luz da liberdade que lhes é reconhecida²⁵²⁹ — levou, em alguns países, à posituação da coisa julgada como *garantia da pessoa humana*, integrando os conteúdos explícitos do “*procedural due process*”. No Brasil, p.ex., o atual artigo 5º, XXXVI, da CRFB protege-a até mesmo em face da lei: “**a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**” (g.n). Entende-se, como dito, que a garantia em testilha “*liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange aos direitos subjetivos*”, i.e., “*na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída*”²⁵³⁰. Por outro lado, à vista desses escopos constitucionais, tem-se afirmado que o texto magno garantiu tão só a *coisa julgada material* (que efetivamente declara e preserva direitos subjetivos, seja do autor, seja do réu), não a coisa julgada formal, que “*só se beneficia da proteção [constitucional] indiretamente, na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal*”, que afinal nada teria com a estabilização de relações jurídicas de fundo, nem com a efetiva incorporação de bens da vida ao patrimônio jurídico da pessoa²⁵³¹. Essa visão — que acatamos — reaproxima o instituto da coisa julgada das suas origens romanas, na linha do que prospectava CHIOVENDA, já que reconhece dignidade constitucional apenas àquela coisa julgada que pereniza soluções de fundo.

Mas a proteção constitucional da coisa julgada não nulifica o poder de conformação do legislador nessa matéria. O que não se admite é que a lei desfaça diretamente, com concretude e casuísmo, o manto da coisa julgada e/ou seus efeitos (e.g., rescindindo, anulando ou tornando ineficaz certa sentença definitiva); nem tampouco que venha a abolir, de plano ou tendencialmente, a garantia da coisa julgada, consagrando a possibilidade de

²⁵²⁹ Cf. Jorge Reinaldo Vanossi, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Universitaria, 1982, p.30. V. também José Afonso da Silva, *Comentário...*, p.133.

²⁵³⁰ José Afonso da Silva, *Comentário...*, p.133.

²⁵³¹ *Idem*, p.135. Em sentido contrário, afirmando que a garantia constitucional da coisa julgada tanto alcança a coisa julgada material como também a coisa julgada formal (e desde pelo menos a Constituição de 1946, *ut* artigo 141, §3º), v. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Henrique Cahan Editor, 1947, t. V, pp.102-103.

fácil revisão, a qualquer tempo, de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição²⁵³². Mas, por outro turno, deve a lei *definir o regime jurídico da coisa julgada* (e.g., seus limites objetivos e subjetivos), podendo inclusive *preordenar condições razoáveis* para a rescisão controlada dos casos julgados, sob certos pressupostos, sem que nisso malfira a respectiva garantia²⁵³³. Daí que o instituto da ação rescisória (artigo 485 do CPC) ou o da ação de revisão criminal (artigo 621 do CPP), como ainda a regra marginal do artigo 463, I, do CPC²⁵³⁴, são plenamente compatíveis com o texto constitucional. E, na mesma linha, tem-se admitido a intervenção do legislador para *relativizar a coisa julgada*, por vias menos formais e ritualísticas (mas ainda assim em perspectiva abstrata), à vista da contrariedade do julgado com a ordem jurídica constitucional. É o que veremos a seguir.

II. No último quartel do século XX, o dogma da imutabilidade do caso julgado — que já conhecia exceções nas vias legais estritas da rescindibilidade por instrumento autônomo²⁵³⁵ — sofreu fortes revezes. No Brasil, e.g., muitas objeções àquele imutabilidade advieram de sentenças transitadas que não deferiram “justa indenização” em demandas expropriatórias (uma garantia dos artigos 5º, XXIV, 182, §3º, e 184, *caput*, da Constituição de 1988)²⁵³⁶ ou que não reconheceram vínculos de paternidade após processos

²⁵³² Cf., quando à segunda parte, Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp.51-52.

²⁵³³ José Afonso da Silva, *Comentário...*, p.135.

²⁵³⁴ Pela qual, na redação da Lei n. 11.232/2005, “[p]ublicada a sentença, o juiz [...] poderá alterá-la [...] para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo”. Entende-se, pois, que mesmo após o trânsito em julgado o juiz poderá retificar a sentença, se o fizer para meramente corrigir inexatidões materiais ou erros de cálculo. Além daquelas hipóteses (e omitindo esta última), NERY JR. ainda menciona, como hipóteses de “abrandamento do rigor da coisa julgada”, os próprios embargos do devedor e a coisa julgada “*secundum eventum litis*”, como se admite, no Brasil, ao ensejo das ações civis públicas e coletivas e das ações populares (Nery Jr., *Princípios...*, p.59).

²⁵³⁵ No Brasil, como visto, artigo 485 do CPC (uma ação); em Portugal, artigo 771º do CPC (um recurso); na França, o artigo 593 do *Code de Procédure Civile* (um recurso); e assim sucessivamente. Eis uma das razões pelas quais, a rigor, a expressão “relativização da coisa julgada” merece críticas, eis que a coisa julgada jamais foi realmente “absoluta”. V. a respeito, de modo bem mais abrangente, José Carlos Barbosa Moreira, “*Considerações sobre a chamada ‘relativização da coisa julgada material’*”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, jan. 2005, n. 22, pp.91-111 (disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35558> — acesso em 14.01.2013).

²⁵³⁶ Diante da previsão constitucional, alguns juízes e tribunais, “*secundados por opiniões de parte da doutrina*”, passaram a mandar atualizar o valor do imóvel expropriado por decisão transitada em julgado (e não o valor da quantia em dinheiro fixada na sentença da ação de desapropriação), mormente em razão do ambiente econômico de inflação galopante que então se vivia no Brasil. Isso já acontecia, aliás, ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969, que também consagrava a proteção do caso julgado (v., e.g., STF, REEx n. 105.012/RN, 2ª T., rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, in DJ de 01.07.1988; STF, REEx n. 93.412/SC, 1ª T., 1ª T., rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 04.05.1982, anotando que o lapso de tempo provocado pelo ente

tramitados antes da “febre” dos exames clínicos de HLA e DNA (decorrente da sua franca disponibilidade no mercado)^{2537, 2538}. Em casos como esses, passou-se a questionar não a mera rescindibilidade da coisa julgada, que afinal já era admitida, mas a possível colisão entre a segurança jurídica que a coisa julgada confere e o valor da justiça, notadamente quando um julgado perenizasse lesões a direitos humanos fundamentais (como, *e.g.*, o direito à identidade biológica). E aqui, justamente, passam a se articular as inflexões, pela via legislativa como pela judiciária.

No plano judiciário, antes mesmo dos efeitos que dimanariam das alterações legislativas de 2001 (*infra*), os tribunais judiciais passaram a esporadicamente relativizar o caso julgado, nomeadamente nas hipóteses de investigação de paternidade. Exemplos paradigmáticos extraem-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM PEDIDO DE ALIMENTOS. COISA JULGADA. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. A PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS, NÃO VIOLA A COISA JULGADA SE, POR OCASIÃO DO

expropriante “desgastou o sentido da coisa julgada”). Tais entendimentos foram acidamente criticados por NERY JR., para quem, “[f]ora das hipóteses de ação rescisória, a sentença de mérito transitada em julgado, proferida em desapropriação, não pode ser modificada por decisão judicial posterior, sob fundamento de sua injustiça e com a argumentação sofista de que a CF prevê que a indenização, no caso de desapropriação, deva ser justa. O juízo de valor da justiça da sentença, feito posteriormente, para que se a tenha como acobertada ou não pela coisa julgada material, por ser instrumento e mecanismo do totalitarismo, violenta profundamente o estado democrático de direito (art. 1º, caput, CF) e, portanto, não tem substrato de sustentação no sistema constitucional brasileiro. O magistrado da segunda ação, posterior (que pode até ser um juiz substituto, recém-ingressado na carreira), seria o juiz da justiça ou da injustiça da sentença anterior, que pode até ter sido prolatada pelo STF! Maior arbítrio do que esse? Impossível” (Nery Jr., *Princípios...*, pp.56-57).

²⁵³⁷ Também quanto às investigações de paternidade, NERY JR. externou suas preocupações quanto aos rumos da teoria da relativização do caso julgado: “A dignidade da pessoa humana não é só do filho, mas do pai também. Assim, para serem coerentes, os desconsideracionistas teriam de admitir que se deveria abrir oportunidade para a repropositura de milhares de ações no Brasil, tanto de filhos quanto de pais que quiserem discutir sua eventual relação de parentesco. Atendido esse alvitre, instalar-se-ia o caos e a total insegurança jurídica. A solução de eventual impasse deve ser buscada no sistema, vale dizer, por procedimento de afirmação positiva do sistema e não pela negação do sistema, como pretendem os desconsideracionistas. Há quem entenda que as duas ações (a improcedente transitada em julgado e a nova) seriam distintas, pela diversidade de *causae petendi*. Essa solução não é a ideal, mas é melhor do que a que relativiza a coisa julgada porque, pelo menos, submete-se ao estado democrático de direito e não pretende impor comportamento nazista ao Poder Judiciário e aos cidadãos brasileiros e residentes no País” (*Princípios...*, pp.55-56).

²⁵³⁸ Cf., por todos, Sérgio Gilberto Porto, “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, n. 112, pp.23-32.

AJUIZAMENTO DA PRIMEIRA INVESTIGATÓRIA – CUJO PEDIDO FOI JULGADO IMPROCEDENTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS –, O EXAME PELO MÉTODO DNA NÃO ERA DISPONÍVEL, TAMPOUCO HAVIA NOTORIEDADE A SEU RESPEITO. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõe a **viabilidade de nova inclusão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível, efetivamente, o acesso à Justiça**. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade (Súmula 301/STJ). Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 826.698/MS, rel. Min. NANCY ANDRIGUI, j. 06.05.2008 [g.n.]).

Antes ainda, no ano de 2001:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não exclua expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e **considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido**. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se

explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que **numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade**". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”(STJ, REsp n. 226436/PR, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 28.06.2001 [g.n.]).

E, em 2002, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, DANDO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR FALTA DE PROVAS - ARGÜIÇÃO DE COISA JULGADA - REJEIÇÃO. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. **A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real**” (TJMG, AI n. 000.247.666-1/00, 1ª Cam.Cível, Des. FRANCISCO LOPES DE ALBUQUERQUE, j. 14.05.2002[g.n.])²⁵³⁹.

Em todos esses casos, podem-se perceber claramente três aspectos nodais: **(a)** a relativização da coisa julgada como fenômeno atrelado à *concretude do litígio judicializado*, não a abstrações conceituais ou teóricas em torno do próprio instituto da coisa julgada; **(b)** a relativização da coisa julgada como medida judicial justificável à luz de *valores constitucionais* (materiais ou processuais) *contrapostos*: o direito à identidade biológica, o acesso à ordem jurídica justa, a veracidade dos registros públicos (que deriva

²⁵³⁹ Nada obstante, ante as resistências próprias à formação liberal do magistrado médio, como ainda à vista das naturais tendências conservadoras dos tribunais, o mesmo TJMG objetaria parcialmente a tese, dois anos depois, assim decidindo: “**AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DO REGISTRO POR ERRO OU FALSIDADE. EXAME DE DNA POSTERIOR AO JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE FUNDAMENTADA EM PROVAS APRESENTADAS PELAS PARTES. ARGUIÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL. REJEIÇÃO. 1.** Existindo anterior ação em que se proclamou a paternidade, não se permite que se restaure a lide através de outra ação, já agora negatória de paternidade, onde o pretense pai demonstra o erro da decisão anterior que julgou procedente a ação de investigação de paternidade fundamentada em provas apresentadas pelas partes, sendo que à época poderia ter se realizado o exame de DNA. **2.** Não se aplica aqui a tendência jurisprudencial de abrandar os efeitos da coisa julgada, para ver nas ações desta natureza tão-somente a ocorrência de coisa julgada formal, afastando-se a coisa julgada material. Tal somente será possível se o julgamento de improcedência das ações tece como fundamento a insuficiência de prova da alegada paternidade. **3. A desconstituição de ato sentencial, transitado em julgado, com fundamento em novas provas, somente será possível pelo manejo da ação rescisória**” (TJMG, Apel. Cível n. 1.0000.00.349512-4/000, 8ª Cam. Cível, Rel. Des. FERNANDO BRÁULIO, j. 23.09.2004 [g.n.]).

dos primados da moralidade e da eficiência administrativas²⁵⁴⁰) etc.; (c) a relativização da coisa julgada como reflexo da *capacidade de aprendizagem da ordem jurídica*, à vista das inovações científico-tecnológicas no campo dos exames clínicos de paternidade. Donde se concluir, inefavelmente, que a garantia processual da coisa julgada infletia-se, nessa “terceira onda” de restrição de garantias constitucionais — com “*forte apelo de índole axiológica, vez que são identificadas situações [...] excepcionalíssimas e de extrema injustiça concreta*”²⁵⁴¹ —, do acordo com os elementos constitutivos do *complexo normativo trifrontal* que já identificamos como “*substantive due process*” (§25º, n. III): proporcionalidade, capacidade de aprendizagem e — como limite interno — a garantia de conteúdo essencial da própria cláusula constitucional de proteção da coisa julgada. Logo, não podem se dar, a partir dessas inflexões, quadros de banalização.

E o legislador brasileiro tampouco seria insensível a essa sorte de necessidades. Acolheu-as, embora com limites.

III. No Brasil, a relativização da coisa julgada foi introduzida no sistema legal-positivo em 2001, por intermédio da alteração de dois diplomas fundamentais para o processo — o Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho — e com duas características comuns: (1) a mesma *razão técnico-jurídica da inflexão* (sempre a violação à norma constitucional); e (2) o mesmo *ensejo processual* (sempre nos próprios autos em que prolatada a sentença, em sede de embargos à execução ou de impugnação ao seu cumprimento).

No CPC, a MP n. 2180-35, de 24.08.2001, introduzira no artigo 741 daquele código — que então tratava de embargos à execução fundada em sentença — um parágrafo único, com os seguintes dizeres:

“Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado

²⁵⁴⁰ No Brasil, v. artigo 37, *caput*, da CRFB.

²⁵⁴¹ Gilberto Porto, “*Cidadania...*”, pp.27-29. O autor identifica três “ondas” de relativização ou restrição de garantias constitucionais, a primeira identificada com o uso judiciário corrente do princípio da proporcionalidade, a segunda identificada com os esforços legislativos para obliquamente relativizar as garantias por meio de leis infraconstitucionais (liminares “*inaudita altera pars*”, prazos privilegiados para a Fazenda Pública, depósito prévio como pressuposto da ação rescisória etc.) e a terceira identificada com a larga relativização da coisa julgada.

em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Mais tarde, ao regular o processo sincrético e abolir o processo autônomo de execução, a Lei n. 11.232/2005 introduziu, no atual artigo 475-L, §1º, do CPC (impugnação ao cumprimento de sentença), basicamente aquela mesma redação, com o esclarecimento de que a “incompatibilidade constitucional” haveria de ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, por força da mesma lei, o parágrafo único do atual artigo 741 — que agora trata dos embargos à execução contra a Fazenda Pública — passa a dispor que *“considera-se [...] inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”*.

Na CLT, da mesma forma, a MP n. 2180-35/2001 fez inserir, no artigo 884 (embargos à execução), o seguinte parágrafo:

“§ 5º. Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Na literalidade do texto legal, dir-se-ia que o vício de inconstitucionalidade, se reconhecido, não anularia a sentença, mas apenas retiraria do título judicial a sua *exigibilidade*, eliminando uma das condições da ação executiva (quanto ainda era autonomizada, em 2001). Após a introdução do processo civil sincrético (2005), que todavia ainda convive com as ações executivas (assim, *e.g.*, no caso de títulos executivos extrajudiciais, *ut* artigo 585 do CPC), poder-se-ia inclusive melhor dizer — em analogia com o processo penal — que, em relação aos processos executivos autônomos, a exigibilidade é uma *condição de procedibilidade* da ação executiva, enquanto que, em relação aos processos sincréticos, a exigibilidade é uma *condição de prosseguibilidade* da ação sincrética (permitindo que se proceda aos atos de cumprimento da sentença). Seriam essas, portanto, as dimensões afetadas pela arguição incidental de inconstitucionalidade,

mantendo-se subsistente — embora mutilada em seu mais importante efeito — a coisa julgada material.

Não foi, porém, o que entendeu a doutrina brasileira; e com razão, sobretudo em vista da dignidade da matéria de fundo que passaria a ser (re)discutida. Entendeu-se, ao revés, que “o legislador não empregou linguagem técnica na redação do dispositivo em comento”, pois “a desconstituição do título judicial em razão da inconstitucionalidade da norma em que está amparado é matéria estritamente vinculada à existência do direito material, estranha, por sua vez, às condições da ação executiva”. Daí que o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade não afetaria apenas a exigibilidade do título, mas a própria existência do título: “atingem diretamente as razões que [lhe] serviram de alicerce [...], abrindo nova possibilidade de discussão acerca da matéria já decidida, só que agora com fundamento adicional consistente na decisão proferida pelo STF”²⁵⁴². Assim, inaugurando efeitos antes desconhecidos nos incidentes de execução (o acolhimento da própria “*querella nullitatis insanabilis*” — falta de citação na fase cognitiva — limita-se a desconstituir a sentença atacada), logra-se obter, se acolhidos os embargos ou a impugnação por inconstitucionalidade, a própria *declaração de inexistência do direito material* que fora reconhecido em sentença transitada e que fundava o título executivo judicial. E, não por outro motivo, houve quem sustentasse ser possível cumular, com os próprios embargos à execução (e, portanto, também com a impugnação ao cumprimento da sentença), um pedido de *novo julgamento da causa*, agora sobre parâmetros constitucionais “corretos”; ou, alternativamente, que a ação tornasse à situação de pendência — com todos os efeitos próprios da litispendência — para que outra decisão fosse proferida, tal como se dá na hipótese da “*querella nullitatis*” (artigos 475-L, I, e 741, I, do CPC).

Logo, mais que relativizar a coisa julgada, ela é mesmo rescindida; e, para parte da doutrina, a sentença a descoberto poderia já ser inclusive *substituída*, o que significaria reconhecer, nesse novo expediente, as mesmas funcionalidades da ação rescisória (reunindo, em potência, tanto o “*iudicium rescindens*” como o “*iudicium rescissorium*”). Relativizou-se, ademais, o próprio regime de imutabilidade das sentenças de mérito

²⁵⁴² Paulo Henrique Lucon, in *Código...*, Antonio Carlos Marcato [org.], pp.2101-2103.

(redimensionando, portanto, o âmbito de atuação da norma constitucional do artigo 5º, XXXVI, da CRFB²⁵⁴³), uma vez que esses atributos rescisórios passam a ser evocáveis nos próprios autos em que prolatadas tais sentenças, e a qualquer tempo (respeitados, é claro, os prazos procedimentais de defesa nas ações executivas e nos cumprimentos de sentença), *independentemente* do prazo decadencial de dois anos a partir do trânsito em julgado, tal como previsto para o ajuizamento das ações rescisórias (artigo 495 do CPC).

Por outro lado, o novel instrumento limitou-se a autorizar a relativização da autoridade da coisa julgada em *questões de direito constitucional*. Poderá ter lugar, ora quando a sentença se basear em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF (hipótese mais facilmente identificável, porque atrelada ao *controle concentrado de constitucionalidade* e, portanto, aos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental), ora quando a sentença se fundar em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF por incompatíveis com a Constituição Federal (o que só pode se referir às hipóteses de *modulação hermenêutica com efeitos “erga omnes”*, como na interpretação conforme a Constituição e na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, *ut* artigo 28, par. único, da Lei n. 9.868/1999²⁵⁴⁴). Mesmo nesses casos, ademais, é preciso observar com cuidado o termo “*a quo*” definido para a eficácia da

²⁵⁴³ Daí a correta ilação de LUCON quanto ao direito intertemporal, no sentido de ser “*necessário considerar que ela [a norma relativizadora] apenas é aplicável às sentenças transitadas em julgado após sua entrada em vigor*”. Entendimento contrário significaria uma substancial alteração nos contornos e alcance da coisa julgada após sua formação, importando violação ao art. 5º, XXXVI, da CF” (Código..., p.2103).

²⁵⁴⁴ Do contrário, se pudesse ser arguida, para a relativização da coisa julgada, qualquer interpretação incidental exarada pelo STF (como aquelas externadas no julgamento de recursos extraordinários, sem efeitos “*erga omnes*”), o legislador teria indiretamente convertido o *controle difuso de constitucionalidade* — que no Brasil se realiza “*incidenter tantum*” e não “*principaliter*” — em *controle concentrado*, desde que se levasse a questão de direito até a máxima instância recursal extraordinária (o STF). Uma tal compreensão plantaria vício de inconstitucionalidade na própria figura dos embargos/impugnação por inconstitucionalidade, já que a faria desbordar das hipóteses constitucionalmente previstas de controle concentrado. V. Lucón, Código..., p.2102. Nesse sentido, ademais, v. recentemente STF, REEx n. 635.545/SP, 2ª T., rel. Min. AYRES BRITTO, in DJe 10.04.2012; STF, REEx n. 606041-SP, 1ª T., rel. Min. ROSA WEBER, j. 22.05.2012, in DJe 18.06.2012; e, nos tribunais estaduais, cite-se o paradigmático julgado de São Paulo: “*APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS - REAJUSTE DE VENCIMENTOS - FEVEREIRO DE 1995 - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - INADMISSIBILIDADE. Inexistência de ofensa à Constituição na época - Inconstitucionalidade de lei reconhecida pelo STF na forma difusa, sem efeito erga omnes, vinculando tão-somente as partes daquele processo - Princípio da imutabilidade da coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI)- Extinção do processo, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, V)-Sentença mantida - Recurso improvido*” (TJSP, Apel. n. 994071394244-SP, 12ª Cam. Direito Público, rel. Des. OSVALDO DE OLIVEIRA, j. 04.08.2010, in DJ 30.08.2010 [g.n.]).

declaração de inconstitucionalidade de certo preceito normativo ou de certa interpretação, já que o STF pode declará-la com efeitos “*ex tunc*” ou “*ex nunc*”, ou ainda adiá-los para momento ulterior ao próprio julgado, *ut* artigo 27 da Lei n. 9.868/1999: a desconstituição do título judicial só será possível se, no momento da oposição dos embargos ou da impugnação do cumprimento de sentença, aquela decisão já gozar de eficácia²⁵⁴⁵.

Foi-se, é certo, mais além da jusfundamentalidade — pode-se p.ex. atacar um julgado definitivo baseado em ato normativo declarado inconstitucional por ofender o princípio federativo, por violar as competências legislativas da União, por desobedecer ao processo legislativo constitucional, por atentar contra a inusucapibilidade dos imóveis públicos etc. —, mas não se chegou às *questões de direito infraconstitucional* (e, a nosso sentir, nem poderia, sob pena de malferimento do conteúdo essencial da garantia constitucional da coisa julgada), nem tampouco às *questões de fato* (não alcançando, p.ex., os incontáveis casos de relativização em sentenças trânsitas de investigação de paternidade após a “popularização” dos exames de DNA e HLA — que, nada obstante, seguem sendo deferidos com alguma frequência).

Alfim, o mais importante a destacar: o que esses novos instrumentos passaram a oferecer ao juiz em geral, e em especial àquele de primeiro grau (por onde normalmente tramitam as execuções e os cumprimentos de sentença), foi um ensejo *legal-formal* para *juízos concretos de proporcionalidade* que — pontue-se — não se limitam a simplesmente reproduzir os juízos vinculantes de (in)constitucionalidade emanados pelo Excelso Pretório. Para acolher a arguição incidental de inconstitucionalidade, o magistrado também deverá ponderar. Porque não há dúvidas de que o que se pretendeu albergar, com as alterações de 2001, foi um mecanismo de *inflexão formal* do “*procedural due process*” que imitava, ao menos nos efeitos, uma construção já fortemente insinuada no Poder Judiciário brasileiro no próprio controle difuso; uma vez “legalizado”, tal mecanismo agregar-se-ia aos

²⁵⁴⁵ Sobre a equalização do tempo na relação entre os embargos à execução e a decisão do STF, v., p.ex., STJ, REsp n. 1049702/RS (2008/0083419-4), 2ª T., Min. ELIANA CALMON, j. 18.04.2008. *In verbis*: “Se à época da promoção dos embargos de devedor já havia decisão da Suprema Corte extirpando a norma ou a sua interpretação do ordenamento jurídico é possível a relativização da coisa julgada, ante o caráter processual do art. 741, parágrafo único, do CPC e à máxima efetividade das decisões emanadas da Corte Constitucional”.

conteúdos “oficiais” do devido processo legal-formal²⁵⁴⁶ (ou, diga-se, não foi pacífico em doutrina). E, tanto lá — na ação legislativa — como cá — na ação jurisdicional —, o “*leit motiv*” da relatividade sempre foi o princípio da proporcionalidade (ou, na linha deste estudo, a convergência hermenêutica do processo na direção do “*substantive due process*”). Nas palavras de LUCON²⁵⁴⁷,

“[c]onforme os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, [...] nem toda declaração de inconstitucionalidade [proferida pelo STF] autorizará a desconstituição do título [executivo judicial]. Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é fator de extrema relevância no alcance do escopo fundamental do processo, a *pacificação social com justiça*. A desconstituição do título apenas será possível caso, na ponderação [concreta] entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração da inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto”.

IV. Daí então se extrai que, a reboque do princípio da proporcionalidade, a relativização da coisa julgada pode ocorrer *fora* das hipóteses dos artigos 741, par. único, 475-L, §1º, do CPC, e 884, §5º, da CLT?

Acreditamos que sim. E em todos os graus de jurisdição — inclusive por analogia com os próprios artigos acima reportados (que não reservaram à jurisdição extraordinária ou de segundo grau a competência para acutillar a coisa julgada inconstitucional) —, se bem que em regime de acentuada excepcionalidade.

É que os mesmos fundamentos que autorizavam tais inflexões antes das reformas de 2001 seguem presentes e atuantes; e, se essas inflexões eram possíveis antes (*supra*, n. II), seguem sendo possíveis. Afinal, a exemplo dos demais direitos, garantias e liberdades fundamentais, a coisa julgada tampouco pode ser absoluta. PONTES DE MIRANDA já bem o dizia, ilustrando a inferência com três classes de impossibilidades que, ainda se

²⁵⁴⁶ Hipótese aventada por NERY JR., um dos maiores críticos da relativização da coisa julgada no Brasil, antes do advento da MP n. 2180-35/2001 (a publicação é-lhe posterior, mas o texto publicado, anterior). Curiosamente, porém, sua proposta havia sido no sentido de se modificar a lei para aqueles “*casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada — por exemplo, investigação de paternidade secundum eventum probationis —, [...] nela incluindo a hipótese de exceção*”, e assim abrangendo os rigores da coisa julgada (*Princípios...*, p.59). Justamente essa hipótese, porém, não restou abarcada pelos novos instrumentos (artigos 741, par. único, 475-L, §1º, do CPC, e 884, §5º, da CLT), já que consubstancia *questão de fato* (e não questão de direito constitucional).

²⁵⁴⁷ *Código...*, pp.2102-2103.

houvesse sentença coberta pelo manto da coisa julgada, privariam-na de efeitos e da própria subsistência na ordem jurídica: as *impossibilidades cognitivas* (e.g., sentença soberanamente trânsita e absolutamente ininteligível), as *impossibilidades lógicas* (e.g., sentença soberanamente trânsita que mande reintegrar ao emprego, sem conversão em pecúnia, pessoa já morta desde o ajuizamento da ação) e as *impossibilidades jurídicas* (e.g., sentença soberanamente trânsita que reduza o devedor a regime de escravidão junto ao credor, ou que institua um direito real inexistente e incompatível com a ordem jurídica nacional)²⁵⁴⁸. A essas, poder-se-ia talvez acrescentar a impossibilidade decorrente da existência de *casos julgados contraditórios* (o que, para nós, não deixa de ser também uma impossibilidade lógica)²⁵⁴⁹ e dos próprios *casos julgamentos inconstitucionais* (na classe das impossibilidades jurídicas).

²⁵⁴⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, § 18. Para o autor, em situações desse quilate os possíveis remédios processuais poderiam ser, de acordo com as conveniências de cada caso, o ajuizamento de nova demanda judicial de mesmo objeto, com pedido de solução conforme à ordem jurídica, “relativizando-se” conscientemente o óbice da coisa julgada; ou a resistência à execução (inclusive — mas não exclusivamente — por meio de impugnação ou embargos); ou, ainda, a alegação “*incidenter tantum*” daquelas impossibilidades em algum outro processo.

²⁵⁴⁹ No entanto, registrou o STJ luso que “*a identidade das acções [...] conduz, não a uma colisão teórica ou lógica de julgados, mas sim a uma oposição prática de decisões de tal modo que a execução de uma delas, seja qual for, obsta a que a outra possa ser também executada*” (STJ, Proc. 97B677, doc. n. SJ199711130006772, rel. Cons. LUCIO TEIXEIRA, j. 21.01.1997). Seria, pois, uma quarta classe, diversa daquelas discriminadas por PONTES DE MIRANDA. Em casos desse jaez, a jurisprudência portuguesa tem entendido de longa data pela *prevalência da primeira decisão transitada em julgado* (o que significa, a rigor, *relativizar* a segunda coisa julgada, por nela reconhecer um vício insanável “*ab ovo*”: a presença inicial de um pressuposto processual negativo — a coisa julgada anterior — que não se remediou com a “*præclusio maxima*” no segundo processo). Cf., e.g., STJ, Proc. n. 062899, doc. n. SJ197003100628991, rel. Cons. BOGARIM GUEDES, j. 10.03.1970; STJ, Proc. n. 082835, doc. n. SJ199207070828351, rel. Cons. MARTINS DA FONSECA, j. 07.07.1992; STJ, Proc. n. 084079, doc. n. SJ199309210840791, rel. Cons. PAIS DE SOUSA, j. 21.09.1993; STJ, Proc. n. 99B300, doc. n. SJ199906240003002, rel. Cons. MIRANDA GUSMÃO, j. 24.06.1999. De se notar, porém, que a garantia da coisa julgada *não foi constitucionalizada* em Portugal, ao menos em expressão literal. Tampouco nos sistemas jurídicos de raízes anglo-saxônicas — e particularmente o norte-americano — a garantia da coisa julgada é tão “fetichizada” como no Brasil. Segundo KANE, “*there are some circumstances in which even though the standard for applying res judicata has been met, preclusion will not result. These situations arise when the judicial economy policies fostered by claim preclusion are outweighed by some other public policy underlying the type of action that is involved*” (Mary Kay Kane, *Civil procedure*, 4th ed., Saint Paul, West Publishing, 1996, pp.225-226 (g.n.). V. também Clermont, *Principles...*, pp.309-311 e 357-358 — sendo certo que, diferentemente da opção portuguesa predominante, é menos assertiva a jurisprudência estadunidense acerca dos “*inconsistent judgments*”: “*Perhaps the second judgment is more apt to be right, as it resulted from relitigation and redetermination*”, notadamente se a parte que se beneficiaria com a “*res iudicata*” não a arguiu no segundo processo (p.310). Cf., de resto, *Adams v. Pearson* (*Supreme Court of Illinois*, 1952); *Varsity Amusement Co. v. Butters* (*Colorado Supreme Court*, 1964); *Bally Export Corp. v. Balicar, Ltd.* (*United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 1986 — quanto ao ônus da alegação e da “prova” da invalidade da “*res iudicata*” anterior).

Com efeito, se as sentenças transitadas em julgado podem *naturalmente* reclamar relativizações, é razoável supor que possam ser relativizadas em outros contextos, nos quais estejam envolvidas pretensões materiais de caráter jusfundamental sob risco ou crise. Nesse enalço é que o próprio STF, em vários julgados recentes, tem reconhecido que a possibilidade de relativização da coisa julgada liga-se sobretudo à ***natureza da pretensão material subjacente*** (o que exige, portanto, exercícios de ponderação concreta em cada caso), e não tanto às mecânicas processuais engendradas pelo legislador ordinário para esse efeito. No ano de 2011, em sede de embargos declaratórios, o Min. MARCO AURÉLIO MELLO decidiu:

“1. Por meio da decisão de folhas [...], neguei seguimento ao extraordinário, consignando: **‘DESAPROPRIAÇÃO – JUSTA INDENIZAÇÃO – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO**. 1. Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. A petição, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado, restou protocolada no prazo da lei, tendo sido comprovado o preparo. Quanto à necessidade de satisfazer-se o preço da indenização, o decidido pelo Tribunal de origem reflete fidelidade à garantia constitucional relativa ao direito de propriedade: ‘A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (inciso XXIV do artigo 5º da Carta da República).’ É tempo de cumprir-se o arcabouço normativo constitucional, atentando-se para o caráter da verba indenizatória, no que deve atender ao prejuízo sofrido pelo proprietário e ser previamente satisfeita. 2. Nego seguimento ao extraordinário. 3. Publiquem.’ A embargante [...] sustenta a existência de omissão na decisão atacada. Aponta ter se decidido sobre o enfoque da justa indenização da desapropriação, ao passo que a argumentação trazida no extraordinário dizia respeito à existência de violação à coisa julgada. Assevera ter o Tribunal de origem, ao decidir pela ‘realização de uma nova avaliação no bojo de ação de execução judicial decorrente de um processo de desapropriação cuja sentença já havia transitado em julgado, afastou o comando normativo do princípio constitucional da coisa julgada [...]. Salienta ter ocorrido a observância ao princípio da justa indenização ‘quando o juízo de 1º grau, ainda no processo de conhecimento (ação de desapropriação), fixou valor com base nesse princípio’ [...] 2. [...] Atendem para o que decidido na origem. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região consignou estar-se diante de ‘*enorme disparidade entre o valor do*

hectare atribuído ao imóvel em questão e o valor por hectare alcançado, no mercado, por imóvel em idênticas condições’ [...], admitindo realização de nova perícia para se chegar ao valor da desapropriação, considerado o princípio da justa indenização. Ao negar seguimento ao extraordinário, assentei ter o Tribunal de origem proferido entendimento em consonância com a garantia constitucional da justa indenização, interpretando a Constituição de modo conferir-lhe maior eficácia possível. Tive tal garantia por prevalente, em detrimento à da coisa julgada, o que inviabiliza conclusão em torno da indicada violência ao inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais. Reitero que, quanto à necessidade de satisfazer-se o preço da indenização, o que decidido pelo Tribunal de origem reflete fidelidade à garantia constitucional relativa ao direito de propriedade: ‘A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição’ (inciso XXIV do artigo 5º da Carta da República). 3. Ante o exposto, conheço dos embargos de declaração e os acolho para prestar os esclarecimentos acima” (STF, REEx n. 601.655/MA-ED, 1ª T., Min. MARCO AURÉLIO MELLO, in DJe 25.04.2011 [g.n.]).

Um ano depois, em abril de 2012, noutro julgado, ementou-se:

“Agravos regimentais no recurso extraordinário. Processual Civil. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes. 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que não se presta o recurso extraordinário à verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional. **2. Este Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de admitir, em determinadas hipóteses excepcionais, a relativização da coisa julgada. 3.** Agravo regimental não provido” (STF, REEx n. 508283/MA-AgRg, 1ª T., rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 24.04.2012, in DJe 18.05.2012 [g.n.]).

No teor desse “*decisum*”, o Min. TOFFOLI (STF) assentou que

“o Tribunal de origem, ao reconhecer a possibilidade da realização de nova perícia para avaliação da terra desapropriada em fase de execução de sentença expropriatória, para que fosse devidamente observado o princípio constitucional da justa indenização, prestigiou entendimento assente nesta Suprema Corte sobre o tema, que admite, em determinadas hipóteses excepcionais, a relativização da coisa julgada”.

O voto condutor não considerou, como se vê, qualquer adscrição dos tribunais às hipóteses reguladas pelo legislador federal ordinário (MP n. 2.180-35/2001 e Lei n. 12.232/2005) — que, insista-se, sequer admitiriam relativização da coisa julgada por força de *questões de fato*, como era o caso (avaliação manifestamente irregular de terras desapropriadas).

Ainda mais recentemente, em 22.05.2012, o STF decidiu:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. LEI 11.722/1995 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. **Impossibilidade de relativização da coisa julgada, diante da natureza do direito pleiteado.** Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, REx n. 606041/SP-AgRg, 1ª T., rel. Min. ROSA WEBER, j. 22.05.2012, in DJe 18.06.2012 [g.n.]).

Em seu voto, a Min. WEBER registrou que “[a] *relativização da coisa julgada* [...] *é possível em situações excepcionais*”²⁵⁵⁰, conquanto não coubesse no caso concreto, em que prevalecia o princípio da segurança jurídica, por se tratar de *direitos de natureza disponível* afetados por ato coberto pelo manto da coisa julgada.

A jurisprudência do STF sinaliza claramente, portanto, para a *possibilidade de inflexão judicial da coisa julgada material*, mediante juízos concretos de proporcionalidade que considerem as circunstâncias fáticas e os interesses materiais subjacentes a cada litígio, *inclusive para questões de fato* (e.g., indenizações expropriatórias e declarações de parentesco sanguíneo²⁵⁵¹)²⁵⁵². Logo, até mesmo *fora* das situações já reguladas pelo legislador federal ordinário (restritas às questões imediatas de direito constitucional).

²⁵⁵⁰ Em sentido parcialmente contrário, afirmando que as hipóteses de relativização seriam de *privativa* conformação legislativa, v., p.ex., REx n. 603.188-AgR/SP, 1ª T., rel. Min. LUIZ FUX, in DJe 13.05.2011.

²⁵⁵¹ Nesse sentido, no STJ, veja-se o REsp n. 226436/PR, com ementa reproduzida acima (n. II). Já em sentido contrário, porém, veja-se: “**AÇÃO. PATERNIDADE. REITERAÇÃO. COISA JULGADA.** Trata-se de reiteração de ajuizamento de ação de paternidade, quando já houve o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça da existência da coisa julgada material. Logo, não se deve afastar a coisa julgada, para que seja renovada a investigação de paternidade sob o fundamento de que o exame de DNA, por ser prova moderna e cientificamente segura, demonstraria a vinculação entre autor e réu. A cada nova técnica (nova descoberta

V. É nessa linha que DINAMARCO²⁵⁵³ chega a sustentar a *inconstitucionalidade da leitura clássica da garantia da coisa julgada* — aquela de feitiço absoluto, do “*res iudicata facit de albo nigrum*,” —, porque a irrecorribilidade da sentença não tem o condão de apagar a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais social e/ou politicamente ilegítimos. A imutabilidade dos julgados existe em função do sistema constitucional, para compô-lo e sustentá-lo; não o contrário. Daí porque, bem ao contrário, dessume-se do sistema jurídico-constitucional que a *relatividade da coisa julgada* é que é um valor inerente à ordem constitucional-processual, abrindo as necessárias portas para a desconstituição do *caso julgado inconstitucional*, sempre que identificado e colidente com valores constitucionais de igual ou maior grandeza. Advoga, por isso, o mister de “*equilibrar as exigências de segurança e de justiça nos resultados das experiências*

científica), não se pode rever tudo o que já foi decidido, pois tal posição teria reflexos sobre a vida das pessoas que há muito seguiram suas vidas - investigadores, investigado, descendentes, parentes, cônjuges etc. Deve-se preservar uma ordem jurídica estabilizada pela coisa julgada, garantida na Constituição da República e leis do país” (STJ, REsp n. 960805/RS, 4ª T., rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j.17.02.2009). Ou, ainda, o REsp n. 706987/SP, 4ª T., rel. Min HUMBERTO GOMES DE BARROS, in DJe 10/10/2008; mesmo neste, porém, quatro ministros entendiam pela relativização, tendo a Min. NANCY ANDRIGHI registrado em seu voto que o “*direito de descobrir a verdadeira paternidade (e consequentemente identidade) e o de ter averbado o patronímico do verdadeiro pai no assento de nascimento não podem ser barrados pelo direito à garantia da coisa julgada*. Nessas condições, mesmo quando existir coisa julgada a respeito do reconhecimento da paternidade, é possível reabrir tal discussão, diante dos avanços da ciência na área da pesquisa genética e do aumento da certeza dos métodos de determinação da paternidade biológica, porque há uma *colisão entre o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e o princípio essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III)*, que deve prevalecer sempre. Entendimento contrário seria francamente inconstitucional, em face da prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”. Pende ainda a controvérsia naquele sodalício.

²⁵⁵² No que diz respeito a *vantagens pecuniárias acumuladas de servidores públicos* (e ao disposto no artigo 17 do ADCT, que determinou a “imediata redução” daqueles ganhos aos limites da CRFB, com prejuízo ao direito adquirido), a questão deverá ser novamente enfrentada pelo STF, nos próximos meses, possibilitando, a partir de então, julgamentos liminares no Supremo e retratações ou inadmissões dos recursos idênticos sobrestados nas cortes intermediárias. É que, em 08.04.2011, o Excelso Pretório conferiu efeitos de *repercussão geral* (v. artigo 543-A do CPC, na redação da Lei n. 11.418/2006) ao Recurso Extraordinário n. 600658, justamente para pacificar e modular, naquela corte, o tema constitucional da *relativização da coisa julgada* na matéria em referência. No referido recurso, a então Min. ELLEN GRACIE NORTHFLEET pretendia que já se tomasse como precedente o quanto decidido no REx n. 146331-7/SP-Emb.Div. (STF, rel. Min. CEZAR PELUSO, TP, j. 23.11.2006: “*Não pode ser oposta à administração pública, para efeito de impedir redução de excesso na percepção de adicionais e sexta-parte, calculados com influência recíproca, coisa julgada material formada antes do início da vigência da atual Constituição da República*”). Os demais ministros, porém, assim não entenderam, preferindo remeter a matéria ao debate plenário. O feito está redistribuído à Min. ROSA WEBER (19.12.2011).

²⁵⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, “*Relativizar a coisa julgada material*”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado (Centro de Estudos), jan./dez. 2001, n. 55/56, pp.31-78.

processuais”. O que não é outra coisa senão — mais uma vez — partir dos princípios fundantes e cogitar, na atividade judiciária criativa, das consequências do “*decisum*”: numa palavra, *sinéptica* (tópico 5.1, n. XII). Em Portugal, disse-o claramente, e até com melhores letras, o grande JORGE MIRANDA: *assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto da Constituição*”. A partir dessas premissas, DINAMARCO lança as bases de seu modelo de relativização da coisa julgada:

“I - o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

“II - a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

“III - o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

“IV - o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

“V - a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

“VI- a garantia constitucional do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;

“VII - a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

“VIII - o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria”²⁵⁵⁴.

²⁵⁵⁴ Dinamarco, “*Relativizar...*”, pp.52 e ss.

E, para além dessas bases (ora principiológicas, ora quase empíricas), aduza-se — ou com elas combine-se — o didático modelo alvitado pelo ex-Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, forjado em décadas de judicatura, no sentido de que os juízos de inflexão (= “relativização”) da coisa julgada se articulem a partir de três referenciais principais: o *princípio da moralidade* (o ser jurídico deve implicar o ser ético, na esfera pública ou privada), o *princípio da legalidade* (legalidade em sentido *material*, o que nos reenvia ao “*substantive due process*”) e o *princípio da realidade* (um processo cego para as suas circunstâncias é também um processo autista e surdo). Assim é que “[a] coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição”, porque “[o]s valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica”²⁵⁵⁵.

Mas, dados os *fundamentos* e os *instrumentos* para a relativização da coisa julgada, quais seriam os *limites* dessa inflexão? Como evitar a sua **banalização** nos foros e tribunais? Há que ter estremaduras — que decerto não serão, em tempos pós-modernos, de precisão matemática. Mas existem.

A primeira delas está intuída acima e é ecoada com insistência por DINAMARCO: o juiz chamado a decidir tais questões deve ser *parcimonioso*, ante a **extraordinariedade** da relativização da imutabilidade sentencial (não como efeito, mas como premissa). Nas palavras do professor paulista, “[c]abe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de **descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada**, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc.”²⁵⁵⁶. Diríamos nós, pois, que a regra haverá de ser “*in dubio pro iudicato*”.

²⁵⁵⁵ José Augusto Delgado, “Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, n. 103, pp.09-36. V. também, em igual sentido, Juliana Cordeiro de Faria, Humberto Theodoro Júnior, “Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan. 2002, n. 91, v. 795, pp.21-40.

²⁵⁵⁶ Dinamarco, “Relativizar...”, pp.65 e ss. (g.n.).

Em segundo lugar, impende reconhecer, tal como disséramos, a existência de **limites imanes** que protegem o **conteúdo essencial da garantia da imutabilidade da coisa julgada** (ao menos onde ela está constitucionalizada, como no Brasil), impondo que não se admitam práticas ou procedimentos que reduzam aquela garantia, no plano estatístico, socioeconômico e/ou psicológico-coletivo, a uma bagatela qualquer. Nesse aspecto, padeceria de inconstitucionalidade *“in abstracto”* a norma legal que admitisse “revisão” da coisa julgada por qualquer razão de fato ou de direito, em sede de embargos ou de impugnação do devedor ou terceiro interessado, desde que se lograsse demonstrar algum vício ou desconformidade ignorada durante o processo tramitado. MARINONI é nisso o mais feliz, ao pontuar que *“a própria razão de ser da coisa julgada impede que se imagine um sistema desse tipo, em que o juiz possa analisar, diante do [rectius: de qualquer] caso concreto, se ela deve, ou não, prevalecer. Um sistema aberto não se concilia com a natureza da coisa julgada material”*²⁵⁵⁷.

Em terceiro lugar, e para finalizar o presente tópico, vale desdobrar das arguciosas reflexões de OTERO²⁵⁵⁸ a terceira estremadura: a **coerência sistêmica**, a informar inclusive o autopolicamento dos juízes a que chegarão as demandas de relativização, tanto à vista dos naturais controles recursais como em face dos indelévels *efeitos externos* de suas decisões infletoras, para terceiros públicos e privados: as relativizações *poderão* — senão *deverão* — ter consequências que transcendem o processo concreto. Se não, vejamos. O Estado (Poder Público) é geralmente responsável pelas ações e omissões antijurídicas praticadas por seus agentes, o que inclui as de seus juízes, no exercício do poder jurisdicional (no Brasil, v. artigo 37, §6º, da CRFB; em Portugal, v. artigos 22º e 271º da

²⁵⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *“O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”*, in *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, Fredie Didier Jr. (coord.), Salvador, JusPODIVM, 2004, v. II, pp.159 e ss. V. também, do mesmo autor, *“Relativizar a coisa julgada material?”*, in *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf) (em 24.07.2012). No entanto, MARINONI vai longe demais com o argumento, a ponto de concluir que o *“balancing”* não serve para revisões de constitucionalidade de casos definitivamente julgados, sob pena de subversão da essência da garantia. *“Venia concessa”*, confunde, na espécie, os metalimites imanente e dialógico. São, sim, conciliáveis. Nada obstante, com o mesmo pendor crítico, v. ainda Araken de Assis, *“Eficiência da coisa julgada inconstitucional”*, in *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, Fredie Didier Jr. (coord.), Salvador, JusPODIVM, 2004, v. II, pp.58 e ss.

²⁵⁵⁸ Paulo Otero, *Ensaio...*, pp.132-137 e 165-166.

CRP). Nessa medida, “[a]ssente o princípio geral das responsabilidades do Estado por actos jurisdicionais, deve-se retirar-se que uma tal responsabilidade compreende as decisões de todos os tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional, desde que as mesmas gerem prejuízos, ou, independentemente dos mesmos, se verifique a violação de direitos, liberdades e garantias”. Assim, se é certo que decisões judiciais trânsitas que venham a ser “quebradas” por inconstitucionalidade podem ter gerado prejuízos econômicos (e.g., a decisão que determinou pagamentos milionários e desproporcionais a servidores públicos ou a particular expropriado, às expensas do erário), como ainda podem ter violado direitos, liberdades e garantias (e.g., a decisão que por anos negou ao filho o direito ao patronímico do pai biológico), também é certo que, em razão daqueles danos ou dessas violações, poder-se-á arguir o dever de indenizar do Estado (que no Brasil seria *objetivo*, resguardando-se-lhe o direito de regresso contra o agente que houver agido com dolo ou culpa). Aliás, para OTERO, esse dever sequer estaria condicionado àquela “quebra”, porque, “[t]endo como fundamento último o princípio do Estado de Direito democrático, a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais não se encontra limitada pelo princípio do caso julgado”, de modo que “a sentença transitada em julgado não constitui qualquer obstáculo à responsabilidade do Estado-juiz”²⁵⁵⁹. E, não estando qualquer tribunal imune às regras gerais da responsabilidade civil, é certo que o Estado poderia vir a ser acionado, p.ex., no primeiro grau de jurisdição, pela inconstitucionalidade subterrânea de um acórdão prolatado por um tribunal superior (ou, no exemplo de OTERO, até pelo Tribunal Constitucional²⁵⁶⁰).

No campo criminal, por outro lado, o ato de resistir aos efeitos de uma sentença — e, mais, às ordens diretas de um juiz que a cumpre ou executa — configura no Brasil, em

²⁵⁵⁹ *Idem*, p.134.

²⁵⁶⁰ Suponha-se, p.ex., uma decisão antiga — como sói acontecer quando se cuida de relativizar sentenças trânsitas — que tenha adotado uma interpretação ulteriormente revista, com carácter “*erga omnes*” ou não, pelo próprio tribunal constitucional. No Brasil, p.ex., no curso dos anos (e de acordo com a sua composição histórica), o STF mudou radicalmente seus entendimentos com respeito à (im)possibilidade de progressão de regime prisional em condenações por crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990 — v., *supra*, tópico 15.4, n. IV); ou, ainda, em matéria processual, quanto à constitucionalidade das normas que exigem a efetivação de depósitos prévios para admitir recursos em processos administrativos (v. tópico 20.4, n. V). Nos dois casos, editou súmulas vinculantes, engendrando efeitos que tanto amarram juízes e tribunais como os próprios órgãos da Administração direta e indireta (artigo 103-A, *caput*, da CRFB); ver, respectivamente, SV n. 26 e SV n. 21. Nos EUA, exemplo paradigmático é o de *Roe v. Wade*, sobre a constitucionalidade das leis estaduais sobre abortamentos provocados, como exploramos *supra* (tópicos 10.1.5.3, n. IV, e 16.3, n. III).

tese, o crime de desobediência (artigo 330 do CP); ou, em se tratando de funcionário público resistente por interesse ou sentimento pessoal, tipifica-se o crime de prevaricação (artigo 319 do CP). Em Portugal, para além do tipo penal de desobediência (artigo 388º do CP), podem se dar ainda os crimes de emprego de força pública contra a execução de decisão judicial (artigo 430º do CP) e de recusa de cooperação de funcionário público especialmente requisitado para a execução daquela decisão (artigo 431º do CP), a depender do sujeito ativo. “*Quid iuris*”, porém, se as ordens, os comandos e a execução dimanarem de sentença trânsita ao depois declarada inconstitucional? Ora bem, na apropriada ilação de OTERO,

“um Estado de Direito democrático não pode fundamentar a repressão criminal de comportamentos contrários a actos jurídicos violadores da Constituição, pelo menos, sempre que deparemos com actos violadores de direitos, liberdades e garantias. Admitir solução contrária, seria provocar uma quebra no próprio sistema jurídico, mutilando o princípio da constitucionalidade. Afinal, tudo se resumiu a reconhecer validade a normas que tipificam como criminosas condutas contrárias a actos desconformes com a Constituição”²⁵⁶¹.

E, adiante, bem conclui que,

“verificando-se a inexecução de uma sentença inconstitucional, [...] essa mesma inconstitucionalidade consubstancia uma **causa especial de justificação ou de exclusão da ilicitude de um comportamento que em circunstâncias diferentes seria configurável como ilícito criminal** de resistência e desobediência à autoridade pública”²⁵⁶².

Logo, por uma razão ou por outra, ao decidir pela inconstitucionalidade de uma decisão trânsita de autoria alheia (mormente, no Brasil, se o fizer fora das hipóteses dos artigos 741, par. único, 475-L, §1º, do CPC, e 884, §5º, da CLT), o magistrado deverá estar suficientemente seguro da inconciliável relação de contrariedade entre o julgado e a Constituição, como ainda ter em conta a seriedade e os possíveis efeitos de sua decisão em relação aos demais agentes envolvidos (= “repercussão sistêmica”). Se não

²⁵⁶¹ Paulo Otero, *Ensaio...*, p.136.

²⁵⁶² *Idem*, p.166 (g.n.).

normativamente, ao menos psicologicamente, essa consciência servir-lhe-á de bons freios para as pulsões mais audazes e “desconstrutivas” de justiça substantiva.

Respeitadas essas três balizas, porém, a relativização da coisa julgada poderá conviver harmoniosamente com a garantia da coisa julgada material (ainda que a consideremos — como consideramos — elemento conseqüente do “*procedural due process*” constitucional).

Capítulo 2

O juiz construtivo e a adscrição constitucional de novos direitos processuais

CAPÍTULO 2

O JUIZ CONSTRUTIVO E A ADSCRIÇÃO CONSTITUCIONAL DE NOVOS DIREITOS PROCESSUAIS

§ 33º. Poderes assistenciais: limites. Dos (novos) direitos processuais constitucionalmente adscritos

I. No tópico 23.2, discutimos longamente as origens e as perspectivas mais candentes, nos sistemas legais e judiciários, dos chamados “poderes assistenciais” judiciais (ou “deveres”, já que todo poder público vinculado resolve-se em “poder-dever”: *e.g.*, o “*richterliche Hinweispflicht*”), notadamente na Alemanha, em Portugal e no Brasil. Restava examinar *como* o princípio da cooperação processual, apreendido na linha de concepção outrora vergada no “modelo de Stuttgart”, revela-se e deve relevar-se no contexto de uma jurisdição democrática, afinada com os atributos da pós-modernidade. Para fazê-lo, abrimos agora o presente tópico — que privilegiará, ainda uma vez, o direito positivo daqueles três ordenamentos (pela base ideológica universal, amiúde radicada no §139 da ZPO, e pelo oportuno mister comparativo luso-brasileiro).

Como é cediço (*supra*), a formulação contemporânea do conceito de *cooperação processual* — como *princípio* e como *dever*²⁵⁶³ — afasta-se da concepção liberal do processo civil, de que afluem ideias-força como o princípio da tipicidade dos atos processuais e o princípio da inércia (“*ne procedat jus ex officio*”), para divisá-lo como um instrumento estatal funcionalmente vinculado, que dita ao juiz e às partes, em comunidade de trabalho (“*Arbeitsgemeinschaft*”), uma convergência mínima necessária de comportamentos processuais, nas dimensões axiológica (ética) e teleológica (escopos),

²⁵⁶³ Do princípio da cooperação dimana um dever geral, que ganha concreção numa série de deveres específicos de cooperação. Ou, na dicção de PEREIRA BATISTA, “*trata-se [...] do estabelecimento do princípio com uma estrutura claramente multilateral, em que, afinal, sucessiva ou simultaneamente, se entrecruzam diversos deveres concretos de cooperação*” (Pereira Batista, *op.cit.*, p.71 [g.n.]).

além de admitir flexibilizações formais e de fazer inclusive concessões ao princípio inquisitório²⁵⁶⁴. Tudo em prol da *instrumentalidade do processo*.

II. De fato, como elucidado *supra*, as tendências processuais plasmadas no “modelo de Stuttgart” legaram à posteridade — e a doutrina universal bem os tem enumerado — os chamados *poderes-deveres assistenciais* do juiz. Em geral identificam-se quatro deles, a saber: o *poder-dever de esclarecimento*; o *poder-dever de prevenção*; o *poder-dever de consulta*; e o *poder-dever de auxílio*²⁵⁶⁵. Examina-los-emos adiante.

E quais os fundamentos de tais poderes?

A uma, o princípio da igualdade (substancial). A duas, o princípio da cooperação.

Tal como visto na exame dos poderes instrutórios do juiz (*supra*, §30º), exige-se no processo, mais que uma igualdade *formal* ou aritmética (própria da justiça comutativa ou corretiva), sobretudo uma igualdade *substancial* ou geométrica (própria da justiça distributiva), em que a hipossuficiência real — econômica ou técnica — ou as dificuldades processuais mais acentuadas de uma das partes, sejam elas naturais ou induzidas, não comprometam o seu direito de acesso à ordem jurídica justa. Isso significa, inclusive, *facilitar-lhe os atos* ou *suprir deficiências com iniciativas “ex officio”*, como temos visto por toda esta Parte III, de modo a reequilibrar as posições processuais e permitir que ambas as partes tenham iguais condições de ver realizadas suas pretensões materiais (vazadas como ação ou exceção). Trata-se mesmo de um imperativo do Estado Democrático e Social de Direito, como se apreende a partir dos escólios de CAPPELLETTI e GARTH²⁵⁶⁶, ou, no

²⁵⁶⁴ Na expressão de PEREIRA BATISTA, o conceito de cooperação processual conduz ao “*reperspectivar da função de direcção do juiz, como juiz interventor e activo*”, e ao “*reequacionar de um papel mais dinamicamente participado por todos os operadores judiciais na administração da Justiça*” (*idem*, *ibidem* — g.n.).

²⁵⁶⁵ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.45 e 65-69.

²⁵⁶⁶ *Acesso à Justiça*, pp.21-26 (sobre as diferentes “possibilidades das partes”) e pp.31-74 (sobre as três “ondas” de soluções práticas para o acesso à justiça). Ver também, do primeiro, *Juízes Legisladores*, pp.31-42 (sobre o papel criativo dos juizes para a construção da “sociedade do bem-estar”, cumprindo a profecia de A. H. PEKELIS quanto ao advento da “*jurisprudence of welfare*”). V. ainda, em enfoque mais específico, Silvana Dalla Bontà, “*La Suprema Corte statunitense generalizza l’onere di specificità dell’atto introduttivo (complaint): de Townbly (2007) a Iqbal (2009)*”, in *Int’l Lis*, Milano, Ipsoa, 2010, v. 9, n. 2, pp.94-103 (discutindo possíveis aspectos “ideológicos” da viragem da interpretação da U.S. Supreme Court quanto à

Brasil (onde a lei não é explícita a respeito), BEDAQUE²⁵⁶⁷ e DINAMARCO²⁵⁶⁸, entre outros. Já em Portugal, após o advento do DL n. 180/1996, a lei processual civil passou a ditar explicitamente que “[o] *tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de **igualdade substancial** das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou sanções processuais*” (artigo 3º-A do CPC [g.n.]).

A (re)introdução do adjetivo “substancial” não foi casual. Na própria exposição de motivos do DL n. 180/1996, lê-se que, “[q]uanto ao princípio da igualdade das partes, reintroduziu-se no artigo 3º-A, tal como constava do projecto elaborado, a ideia de uma igualdade “substancial”, adjectivação que se reputa fundamental”. E, antes mesmo da reforma de 1995/1996, o próprio Tribunal Constitucional já havia decidido que

“[o] princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da Constituição, exige **se trate por igual o que for essencialmente igual e diferentemente o que diferente for. Não proíbe ao legislador que estabeleça distinções de tratamento; veda-lhe tão só que o faça sem ter fundamento material para tanto.** O que a ideia de igualdade não suporta é o arbítrio, a discriminação, as distinções irrazoáveis, porque carecidas de justificação racional.[...] Esta ideia de igualdade vale, naturalmente, no domínio da jurisdição, pois que também esta função do Estado se lhe encontra vinculada. Para além de deverem poder aceder ao tribunal em condições de igualdade (cf. artigo 20º, nº 1, da Constituição), as partes num processo cível devem ser colocadas em perfeita paridade de condições, disfrutando, portanto, idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida’ [...] **É o princípio da igualdade das partes no processo ou da igualdade de armas, cuja observância se impõe para que o processo seja um processo equitativo**”

Rule 12, “b”, n. 6, das *Federal Rules of Civil Procedure*). E, num plano mais geral, criticando a histórica opção liberal dos espaços público-institucionais — a saber, a opção pelo sujeito “generalizado” (“[...] *un espacio ideal/universal [...] donde se moverían idealmente sujetos idealizados e idénticos que gozan de la igualdad formal ante la ley*”) —, v. Joaquín Herrera Flores, *De “habitaciones propias” y otros espacios negados: Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005, *passim* (especialmente o tópico “*La construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad*”, que, para examinar a questão da igualdade de gêneros, parte de uma “nova gramática institucional” — BENHABIB, FRASER — que muito bem nos serve aqui).

²⁵⁶⁷ *Efetividade...*, p.572 (n. 4).

²⁵⁶⁸ *A instrumentalidade...*, p.383 (ns. 8 e 9). Curial, a propósito, esta passagem: “*O processo é miniatura do Estado democrático (ou ‘microcosmos do Estado-de-direito’), por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia*” (n. 8) — que, atina-se pelo contexto, deve ser obviamente uma isonomia tendencialmente *substancial*.

(TC, Proc. n. 492/1991, Ac. n. 516/1993, rel. Cons. MESSIAS BENTO, j.26.10.1994 [g.n.]).

Falava-se obviamente da igualdade substancial. Com respeito ao assunto, TEIXEIRA DE SOUSA observou que, apesar de tudo, em algumas situações não é possível ultrapassar certas diferenças substanciais na posição processual das partes; noutras, não é possível afastar certas igualdades formais impostas pela lei²⁵⁶⁹. De fato. Afirmamos, porém, que essa equalização deve ser *tendencialmente* perseguida, tanto pelo legislador — e o próprio artigo 3º-A do CPC luso é disso um exemplo — como pelo juiz, observados os metalimites imanentes e dialógicos do “*substantive due process*”. O que se dá, porém, é que essa equalização não se fará pelo *prejuízo* de uma das partes, mas por “*um maius concedido à parte necessitada*”²⁵⁷⁰.

Ao contrário do que sustenta o professor da Universidade de Lisboa²⁵⁷¹, porém, entendemos que tais interferências podem se dar em qualquer dimensão infletível do

²⁵⁶⁹ *Estudos...*, pp.42-43. Anota, porém, que o próprio legislador tratou de avançar nesse sentido, reduzindo *desigualdades formais* presentes no texto legislativo, como quando, p.ex., estendeu o benefício da prorrogação do prazo de contestação do Ministério Público (artigo 486º, 4, do CPC) para toda e qualquer parte que revele “motivo ponderoso” para igual prorrogação, sempre pelo trintídio (artigo 486º, 5, do CPC, na redação do DL n. 329-A/1995). São, de fato, inúmeros os “privilégios processuais” que as legislações nacionais tendem a reservar ao Ministério Público (quando *parte*) e/ou à Fazenda Pública, inclusive no Brasil (e.g., prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, no processo civil e do trabalho, *ut* artigo 188 do CPC e artigo 1º, II e III, do DL n. 779/1969; o discutível direito de, mesmo como parte, tomar assento no mesmo plano e ao lado direito do juiz, *ut* artigo 18, I, “a”, da LC n. 75/1993; e assim sucessivamente). Privilégios dessa natureza, desequilibrando os pesos da isonomia formal, podem agredir fortemente o princípio da igualdade substancial no processo, sempre em detrimento da contraparte “comum”, o que já levou a intensos questionamentos na doutrina portuguesa, pela aparente violação à garantia do processo equitativo (e, portanto, à norma do artigo 6º da CEDH). V., por todos, José Lebre de Freitas, “*Justiça e processo civil*”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1985, n. 350, pp.17-20; *Código...*, v. 1º, p.11.

²⁵⁷⁰ *Estudos...*, p. 44-45.

²⁵⁷¹ *Idem, ibidem*. Com ele, ademais, LEBRE DE FREITAS, REDINHA e PINTO: “*Nessa redacção final não pode ver-se a consagração do papel assistencial do juiz, em termos que lhe imponham a prestação de auxílio à parte dele carecida por via do deficiente exercício dos seus direitos e faculdades formais, fora dos casos em que uma lei especial o determine (assim, por exemplo, os arts. 508, nºs 1-b, 2 e 3, e 508-A-1-c). De outro modo, poderia ser posta em risco a imparcialidade do tribunal*” (José Lebre de Freitas, João Redinha, Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, v. 1º, p.11). Com as vênias necessárias, divergimos, tanto pelas razões que se seguem (quanto aos poderes instrutórios), como pelo entendimento de que o princípio constitucional da efetividade jurisdicional impõe iniciativas de ofício que reequilibrem as posições das partes, assegurem decisões de mérito e caminhem em direção à verdade dos fatos (como valor-tendência). Com VOLLKOMMER (sobre a paridade de armas no processo), também citado por TEIXEIRA DE SOUSA (p.44, nota n. 10), é de se reconhecer que a igualdade formal das partes *perante* o juiz não pode prescindir, em sistemas políticos de cariz democrático e social, da igualdade substantiva das partes *por intermédio* do juiz, quando necessário (Max Vollkommer, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im*

processo-procedimento, *inclusive* na dimensão dos poderes inquisitórios e instrutórios (e para além das hipóteses legais dos artigos 264º, 2, 265º, 3, 535º, 1, 612º, 1, 622º, 645º, 1, 643º, 1, etc.): afinal, o juiz tanto tem compromisso institucional com a verdade-tendência processual (*supra*, §18º), como com a própria igualdade substancial. Assim, em certo processo, poderá determinar a uma das partes que produza determinado meio de prova (sobre fato constitutivo de cuja demonstração tal parte suporta o ônus), por lhe reconhecer aptidão técnica e econômica para tanto; mas, recusando-se o destinatário da determinação, não deverá o juiz necessariamente produzir aquela prova, podendo simplesmente valorar a recusa em seu detrimento ao tempo da sentença (v. artigo 519º, 2, do CPC luso; em sede de assinatura contestada, o desfavor do recusante é expressamente previsto pelo CPC brasileiro²⁵⁷²). Noutro processo de mesmo objeto, divisando a hipossuficiência econômica da parte a quem incumbiria idêntica prova, poderá determinar a sua realização sem qualquer ônus para as partes, atribuindo honorários às expensas do Estado; ou então inverter o “*onus probandi*”, em decisão motivada de fulcro jusfundamental (*supra*, §29º). Em ambos os casos o magistrado terá correspondido ao seu compromisso com a verdade real, sem exagerados apegos à verificação fenomenológica (mesmo porque o processo é antes um instrumento ético que um instrumento empírico-científico); no segundo caso, porém, a inflexão da sua posição inercial terá atendido primacialmente ao escopo processual de igualdade substancial entre as partes.

A igualdade substancial revela, ademais, um conteúdo *negativo* e um conteúdo *positivo*. O conteúdo negativo “*destina-se a impedir que o juiz crie situações de desigualdade substancial entre as partes*” (assim, *e.g.*, que module desarrazoadamente prazos judiciais diversos para cada uma das partes, em relação ao exercício da mesma faculdade ou o cumprimento do mesmo ônus)²⁵⁷³. Já o conteúdo positivo é o que

Zivilprozeß: eine neue Prozeßmaxime?, in *Festschrift für Karl-Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, Hanns Prütting [Hrsg.], München, C. H. Beck, 1990, pp.503-520).

²⁵⁷² Artigo 389 do CPC: “*Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento*” (g.n.). Assim, se a parte que produziu o documento — *e.g.*, e escritura particular com assinatura que se atribui ao “*ex adverso*” e é por ele contestada — se recusa a adiantar honorários prévios periciais para a realização de exame grafotécnico (apto a confirmar ou negar, por aproximação, a lavra negada no processo), o juiz deverá recusar efeitos probantes ao documento (naquilo em que retrataria declaração do “*ex adverso*”), ou mesmo determinar o seu desentranhamento dos autos. Em Portugal, vejam-se os artigos 544º e 545º do CPC.

²⁵⁷³ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.45.

basicamente predispõe o juiz ao exercício dos chamados *poderes assistenciais*, em atitude proativa, sem que com isso se comprometa, em absoluto, a imparcialidade em sentido amplo²⁵⁷⁴ — aí entendida inclusive a “imparcialidade”, que compõe o conteúdo essencial da garantia do juiz natural (tópico 26.2, n. VI, “I”).

Além desse fundamento, porém, há também aquele estribado no princípio da cooperação, já parcialmente destrinchado alhures (tópico 23.2, n. III). Voltemos brevemente a ele²⁵⁷⁵.

III. Quando se estuda o princípio da cooperação, merece particular atenção, no cenário universal, a legislação processual alemã (notadamente o §139 da ZPO²⁵⁷⁶) e, no seu

²⁵⁷⁴ *Idem, ibidem. In verbis: “Esta imparcialidade traduz-se numa independência entre as partes, mas, no contexto do princípio da igualdade, imparcialidade não é sinónimo de neutralidade: a imparcialidade impõe que o juiz auxilie do mesmo modo qualquer das partes necessitadas ou, dito de outra forma, implica, verificada as mesmas condições, o mesmo auxílio a qualquer delas; a neutralidade determina a passividade do juiz perante a desigualdade substancial das partes. Portanto, o juiz não tem de ser neutro perante as situações de desigualdade que existam ou que se possam criar entre as partes, mas deve ser imparcial perante elas, dado que, quando tal se justifique, deve auxiliar qualquer delas”.* Não se poderia dizer melhor. V. também o tópico 5.2, *supra*.

²⁵⁷⁵ Boa parte das ideias a seguir (n. III) estão desenvolvidas e publicadas em G. G. Feliciano, *Direito à prova...*, *passim*. Porque mantivemos nossa convicção a respeito, reportamo-nos aqui àquelas ideias.

²⁵⁷⁶ O preceito trata da direção processual do juiz, a quem incumbe discutir com as partes todos os aspectos jurídicos e factuais da causa, de modo a fazê-las compreender plenamente aqueles aspectos, e provocá-las a esclarecer os pontos dúbios ou obscuros e/ou a suprir as omissões, o que é feito oralmente ou, na impossibilidade, por petição, dentro do prazo judicial assinado. Assim, por força do §139, 1, cabe ao juiz fazer com que as partes efetuem as petições pertinentes, pronunciem-se de forma integral sobre todos os fatos relevantes da causa e completem as alegações de fato insuficientemente deduzidas. Resulta disso que, diversamente da mediação distante do juiz de feição liberal, o magistrado alemão tem o dever *legal* de *cooperar* e de instar as partes a *cooperarem* para a composição justa e célere do litígio. Noutras palavras, o erro, a omissão ou a insuficiência na atividade de uma das partes não “favorece” simplesmente a parte contrária, como num jogo de pôquer; antes, deve ser suprida ou esclarecida para que o processo atenda à sua função. Confira-se: “**Materielle Prozessleitung. 1.** Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. **2.** Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. **3.** Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. **4.** Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. **5.** Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”. Trata-se, basicamente, da cooperação em sentido *material*, referida adiante. Preceito semelhante alcança o juiz português (artigo 266º,

encalço, a legislação processual portuguesa vinda a lume após a reforma de 1995-1996²⁵⁷⁷. Veja-se que, à luz da própria jurisprudência portuguesa, “*são linhas essenciais da reforma do processo civil de 1995-1996 a sujeição do processo a um princípio de cooperação entre as partes e o tribunal (artigo 266º do Código de Processo Civil), a acentuação da inquisitorialidade do tribunal e a prevalência da decisão relativa ao mérito sobre a decisão da forma (artigo 265º do Código de Processo Civil)*”²⁵⁷⁸. É dizer: **cooperação, iniciativa, substantividade**. Na realidade, essas três linhas-mestras autoimplicam-se: a prevalência das decisões meritórias sobre as decisões formais pressupõe, em grande medida, o incremento das atividades inquisitoriais do tribunal, notadamente no campo da prova (*supra*, n. II); esse incremento, por sua vez, pressupõe que as partes e os terceiros possam ser instados a colaborar para a descoberta da verdade (o que conduz, na senda inversa, ao princípio da cooperação).

Mister esclarecer, ademais, que a cooperação é um *dever processual*, não se confundindo com os deveres símiles de direito material, como é o dever de cooperação conjugal (artigo 1674º do Código Civil português²⁵⁷⁹) ou o dever de cooperação social (que usualmente se evoca como fundamento secundário para a prescrição, ao lado do interesse

2, do CPC), com a diferença de que, nesse caso, não se utilizou o acento imperativo do texto alemão (no dispositivo português, “[o] juiz **pode**”; no alemão, “[d]as Gericht **hat**”). Nada obstante, como o próprio dever de cooperação aparece imperativamente no n. 1 (“*Na condução e intervenção no processo, **devem** os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si [...]*”), a interpretação sistemática encaminha a necessária conclusão de que o n. 2 trata de um **poder-dever**.

²⁵⁷⁷ Consumada pelo Decreto-lei 329-A/95, de 12 de dezembro (depois alterado pelo Decreto-lei 324/2003, de 27 de dezembro), e pelo Decreto-lei 180/96, de 25 de setembro. Nada há de semelhante na legislação processual civil brasileira em vigor, a não ser pelos artigos 340 e 341, já referenciados *supra* (§17º, n. III) — que, como se disse e dirá, só referem os deveres instrumentais *das partes e dos terceiros*, olvidando o papel cooperativo do juiz.

²⁵⁷⁸ RE, Rec. Cível n. 592/99, rel. Des. MARIA LAURA LEONARDO, j. 25.11.1999, in BMJ 491/355. Digase que, na verdade, o princípio da cooperação não é exatamente “novo”, porque de algum modo ela sempre existiu no processo. A novidade está, porém, “*quer na sua formulação directa, quer nas diversas consequências desde logo extraídas em determinados preceitos concretos, quer nas virtualidades e potencialidades que resultam da sua **inovatória redimensionação***”, disso resultando um contundente **reforço** na revisão de 1995/1996 (Pereira Batista, *op.cit.*, p.71).

²⁵⁷⁹ “*O dever de cooperação importa para os cônjuges a obrigação de socorro e auxílio mútuos e a de assumirem em conjunto as responsabilidades inerentes à vida da família que fundaram*” (redação do Decreto-lei 496/77).

jurídico-social na estabilização das relações jurídicas incertas²⁵⁸⁰). Tampouco se confunde com o *ônus processual*. Como obtempera LEBRE DE FREITAS²⁵⁸¹,

“[r]evestindo embora o ónus, no direito processual civil, uma importância muito maior de que no direito civil, onde impera o direito subjectivo e o dever (genérico ou específico) de conduta, não deixam as partes de estar também sujeitas no processo a *deveres processuais*, tais como o de boa fé processual (art. 266-A), o de cooperação (arts. 266 e 519), o de apresentar documentos (art. 529), o de recíproca correcção (art. 266-B). Também os terceiros intervenientes acidentais [...] têm deveres para com o tribunal (cf. arts. 519, 531-533, 535 e 537, 570-1, 618 *a contrario*). A violação desses deveres dá lugar a sanções pecuniárias (obrigação de indemnizar, condenação em multa), não confundíveis com os efeitos da inobservância dos ónus processuais, mesmo quando dever e ónus tenham a mesma conduta por objecto. **Regista-se, de qualquer modo, a tendência no direito processual actual para acentuar esses deveres processuais e para os estender aos próprios magistrados.** No código revisto, disso constitui bom exemplo o *dever de cooperação*”.

Esse dever significa, conforme a melhor doutrina portuguesa, que “*partes e juízes devem cooperar entre si para que o processo realize a sua função em prazo razoável*”, ou seja, para o fim de “*se apurar a verdade sobre a matéria de facto e, com base nela, se obter a adequada decisão de direito*”²⁵⁸². Ou, na feliz síntese de PEREIRA BATISTA,

“[a]s partes — e qualquer interveniente no processo, em geral, acidental ou não, e, nomeadamente o próprio tribunal, a secretaria e os mandatários das partes — devem agir diligente e colaborantemente, entre si, de forma a concorrer para a obtenção da justa composição do litígio, em termos de celeridade e de eficácia, praticando os actos necessários e convenientes à boa decisão da causa, na forma e no tempo mais adequados, e contribuindo com a prestação ou obtenção de esclarecimentos indispensáveis, conduzindo-se, assim, de forma a não actuar de modo contrário ao interesse na pronta e eficaz realização da Justiça, sob pena de serem passíveis de sancionamento, em caso de condutas

²⁵⁸⁰ Com sua inércia, o titular da pretensão concorre para a perenização de um estado antijurídico. Cf., por todos, Antônio Luiz da Câmara Leal, *Da Prescrição e da Decadência*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 26 e 130.

²⁵⁸¹ Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.149 (g.n.).

²⁵⁸² *Idem*, pp.149-150.

violadoras (inclusive, no que às partes concerne, ao nível de litigância de má fé, se a violação for grave [...])²⁵⁸³.

Noutras palavras, a cooperação visa à obtenção da *justa composição do litígio* (ou, o que é o mesmo, do *acesso à ordem jurídica justa*), com brevidade e eficácia (v. artigo 266º, 1, do CPC português), o que significa que o dever de cooperação busca, afinal, fazer otimizar as duas grandezas fundamentais do processo: o **tempo** e a **justiça**. Mais elaboradamente — e de novo com LEBRE DE FREITAS²⁵⁸⁴ —, o *tempo* diz com a chamada *cooperação formal*, enquanto a *justiça* diz com a *cooperação material*. A cooperação material predispõe as partes para colaborarem sobretudo na apuração da verdade sobre a matéria de fato (Verdade como valor-tendência e como garantia do justo processo na perspectiva funcional-subjetiva — §18º, n. VI). Já a cooperação formal presta-se a que a função processual — cognitiva, executiva, cautelar, mandamental — realize-se em prazo razoável (que será, idealmente, o *menor período de tempo* compatível com as exigências e garantias do processo — *supra*, tópico 26.5). Na legislação portuguesa, o artigo 266º, 1, do CPC consagra a cooperação como princípio geral. Já a cooperação material aparece no artigo 519º (= dever de colaboração para a descoberta da verdade), como também, entre outros, no artigo 266º, 2 e 3 (= dever de comparência e de esclarecimento), no artigo 508º, 1, “a” e “b”, 2 e 3 (= suprimento e correção de exceções e articulados²⁵⁸⁵), nos artigos 528º, 529º, 531º a 533º e 535º (= prova documental), no artigo 552º, 2 (= dever de comparência e depoimento pessoal nas convocações judiciais “*ex officio*”), nos artigos 588º e 652º, 3 (= dever de comparência e esclarecimento de peritos) e

²⁵⁸³ Pereira Batista, *op.cit.*, pp.70-71.

²⁵⁸⁴ Introdução..., pp.152-153

²⁵⁸⁵ A doutrina lusitana distingue, nessa matéria, entre o *aperfeiçoamento vinculado*, que é próprio dos articulados *irregulares* e impõe ao juiz o **dever** de convidar a(s) parte(s) ao suprimento ou à correção do vício (“*designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa*” — artigo 508º, 1), e o *aperfeiçoamento não vinculado*, próprio dos articulados *deficientes*, em que o juiz **pode** convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de fato alegada (artigo 508º, 3). No primeiro caso (*aperfeiçoamento vinculado*), a omissão do juiz pode constituir nulidade, *ut* artigo 201º, 1, do CPC (cf. STJ, Ag., Proc. n. 00A118, doc. n. SJ200002280001181, rel. Cons. ARAGÃO SEIA, j.28.02.2000); a omissão da parte, por sua vez, conduz à inadmissibilidade da petição inicial, com a absolvição de instância do réu, ou — se a irregularidade inquinar outros tipos de articulados — a inadmissibilidade do próprio articulado, que fica sem efeito, com os efeitos cominatórios ou preclusivos correspondentes à sua inatendibilidade no processo (assim, p. ex., a omissão do réu em suprir as irregularidades da contestação pode conduzir à revelia). No segundo caso (*aperfeiçoamento não vinculado*), a omissão do juiz é mera abstenção de faculdade processual e a omissão das partes é mera irregularidade, que não desafia nulidade ou sanção. Cf. Luso Soares, Duarte Romeira Mesquita, Wanda Ferraz de Brito, *Código de Processo Civil Anotado*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p.424; Lopes do Rego, *op.cit.*, pp.340-341.

outrora no artigo 837º-A (= averiguação oficiosa e dever de cooperação do executado), agora revogado pelo Decreto-lei n. 38/2003. A cooperação formal, por sua vez, aparece p.ex. no artigo 266º, 4 (= dever de suprimento de obstáculos, quanto ligado aos pressupostos processuais), o artigo 155º, 1 (= marcação de diligências em comum acordo) e o artigo 266º-B, 3 (comunicação judicial de atraso no início da diligência²⁵⁸⁶), todos do CPC luso.

Ao contrário do que poderia parecer (muitas vezes por vício redacional legislativo, como no Brasil²⁵⁸⁷), o dever de cooperação não se impõe apenas às partes, mas também a terceiros chamados a colaborar e ao próprio *órgão jurisdicional*, ao qual incumbe, p. ex., providenciar a remoção dos obstáculos com que as partes se defrontem na obtenção de informações ou de documentos necessários ao exercício de uma faculdade, à observância dum ônus ou ao cumprimento dum dever processual (artigo 266º, 3)²⁵⁸⁸. Mais que isso, ao juízo compete, em geral, providenciar o saneamento do processo, o esclarecimento dos pontos de fato e de direito, o suprimento das omissões e a univocidade da linguagem, com vista à consecução célere dos objetivos do processo (definir os direitos e dirimir os

²⁵⁸⁶ O artigo 266º-B, 3, do CPC estatui que, “*se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início*”. Trata-se de norma que consubstancia, pela via da cooperação processual, o dever de urbanidade, lhaneza e respeito recíproco entre juízes e advogados (v., em Portugal, artigo 266º-B, 1, *in fine*, do CPC; no Brasil, artigo 446, III, do CPC, artigo 35, IV, da LC n. 35/79 e artigo 33, par. único, da Lei n. 8.906/94). Ademais, se todos os interessados estimam mais perfeitamente os atrasos, modulam melhor o tempo e ganha-se globalmente na duração do processo. Noutro escrito, pontuamos que, sem ditame correspondente na legislação brasileira, sequer se consegue divisar factibilidade para este consectário cooperativo em alguns segmentos do Poder Judiciário nacional, para diligências ou para audiências. Assim ocorre, v.g., nas varas do trabalho de tramitação mais volumosa — notadamente as da 2ª e 15ª Regiões —, onde é recorrente o fato de as últimas audiências da pauta realizarem-se com sensíveis atrasos, em vista da demora experimentada nas primeiras (instruções, incidentes, eventuais prolações de sentenças etc.). Impor o dever de informar os atrasos obrigaria os servidores a darem ciência pessoal e burocrática a *todos os presentes*, no aguardo de suas audiências, de algo que já está “*per se*” evidente, o que não é razoável. Por outro lado, também não é razoável, e fere a ideia de cooperação, que o juiz designe as audiências da pauta a cada cinco minutos, se é sabido que apenas a qualificação e a documentação das partes já consumiria esse tempo...

²⁵⁸⁷ Vide artigos 340 e 341 do CPC (que enunciam deveres de cooperação apenas para partes e terceiros).

²⁵⁸⁸ Assim, nos exemplos de LEBRE DE FREITAS, “*se, falecida uma parte, o autor invocar dificuldade séria em identificar os seus herdeiros ou em provar a qualidade destes, deve o juiz notificar o co-réu ou um terceiro familiar do falecido para que preste as informações necessárias à observância do ônus de requerer a habilitação para poder, seguidamente, prosseguir a causa (arts. 277 e 371-I). Por sua vez, na acção executiva, se o exequente invocar dificuldade séria na identificação ou localização de bens penhoráveis do executado, pode (deve) o juiz determinar que este preste as informações que se mostrem necessárias à realização da penhora*” (Introdução..., p.153). Quanto a esse último aspecto, convém observar que o artigo 837º-A do CPC português foi revogado em março de 2003 (DL n. 38/2003).

conflitos em tempo razoável); e, de resto, outras tantas intervenções que muitas vezes só podem ser aferidas concretamente. Eis onde se articulam, mais uma vez, os *poderes assistenciais* a que temos nos referido.

IV. Na perspectiva doutrinal alemã, os poderes assistenciais o autorizam não apenas a suscitar esclarecimentos e correções (artigo 266º, 1, do CPC luso), mas também a *sugerir* às partes determinado tipo de conduta processual mais adequada para o seu posicionamento na causa²⁵⁸⁹. Assim, o juiz pode/deve, entre outras coisas:

— solicitar o esclarecimento ou o completamento de alegações factuais ambíguas ou incompletas;

— promover a alegação suficiente de todos os fatos relevantes para a causa (inclusive os que foram originalmente omitidos);

— fixar com as partes o sentido dos conceitos jurídicos por acaso utilizados (evitando ulteriores divergências nos processos de subsunção e prevenindo alegações e provas sobre fatos juridicamente irrelevantes);

— discutir e dar a conhecer às partes as possibilidades de solução do pleito, tanto no que atine à apreciação da prova como no que diz respeito ao direito aplicável, ou ainda à própria conciliação²⁵⁹⁰ (prevenindo, de todo modo, as “decisões-surpresa”);

— aconselhar as partes, no limite, à alteração da causa de pedir ou do pedido, quando isso for necessário a um deslinde pleno e meritório do litígio (evitando a propositura de novas ações a esse respeito)²⁵⁹¹.

²⁵⁸⁹ O “modelo de Stuttgart” funda-se basicamente na valorização dessa função assistencial, como vimos (tópico 23.2). V. Grunsky, “*Il cosiddetto...*”, pp. 360-369, e Pereira Batista, *op.cit.*, p.72, nota n. 121.

²⁵⁹⁰ Como já foi apresentado, a lei acometeu ao juiz, no processo laboral brasileiro, o dever de empregar seus “*bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos*” (artigo 764, §1º, da CLT). A Consolidação é antiga (1943), mas pressagiu uma tendência. Nessa nova concepção do processo, a proatividade do juiz na direção de *soluções transigidas* torna-se a regra, tanto no processo trabalhista como no processo civil (e, quanto à criminalidade de pequeno potencial ofensivo, quiçá até mesmo no processo penal — v., no Brasil, os artigos 74 e 76 da Lei n. 9099/1995). Para alcançar melhores resultados nesse escopo, o *prévio e completo esclarecimento das partes*, ao lado de outros rudimentos típicos da **Justiça Restaurativa** — que por agora tem sido aplicados apenas na seara penal —, será sempre um forte aliado das Magistraturas. *Conciliar*, em um sentido garantista e pleno, é resolver também, tanto quanto possível, a própria *lide sociológica*; e, para tanto, não há hoje modelo melhor que o da Justiça Restaurativa. V., *supra*, a nota n. 1469 e o tópico 23.2, n. V.

²⁵⁹¹ Cf. Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.152 e nota n. 5, reportando-se a ROSENBERG, SCHWAB e JAUERNIG. Fia-se ainda nos mesmos autores para aduzir que, no processo civil alemão, atribui-se ao juiz um “*Frage- und Aufklärungspflicht*” (poder-dever de perguntar, investigar, esclarecer), cujo não exercício pode mesmo desafiar recurso de revisão. V. também Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.45. De nossa parte, diríamos

Essa última possibilidade é corretamente ventilada, em Portugal, por TEIXEIRA DE SOUSA²⁵⁹². A rigor, a efetiva implementação do princípio da cooperação processual tende a disseminar, no ordenamento jurídico receptor, toda essa gama de deveres judiciais (sem prejuízo dos eventuais temperos que a legislação nacional impuser). No Brasil, se é certo que o CPC e a CLT carecem de uma norma geral a respeito, é igualmente certo que intervenções dessa natureza não são infrequentes, sobretudo no processo do trabalho, em que historicamente o saneamento do processo é feito *em audiência* (*ut* artigos 843 a 851 da CLT), como no processo português (artigo 508º-A do CPC). Na praxe forense brasileira, embora a lei não o diga, é comum que, em audiência, o juiz do Trabalho brasileiro alerte as partes — autor e/ou réu — sobre as deficiências das peças, inclusive autorizando a respectiva correção ou complementação (verbalmente, na própria audiência, ou por escrito, redesignando-a); e, como visto (tópico 23.2, n. IV), é comum que se sugiram alterações não apenas no aspecto da coerência interna, mas também naquilo que tange à própria matéria jurídica (assim, *e.g.*, quando se pede a periculosidade em circunstâncias que são de insalubridade), à legitimidade processual “*ad causam*” (assim, *e.g.*, quando o trabalhador ajuíza a ação em face da empresa tomadora de serviços e não inclui o próprio empregador, que é a empresa prestadora de serviços) e à composição do litígio (assim, *e.g.*, apontando os litisconsortes necessários ou mesmo facultativos que deveriam ser integrados à lide, para o

tratar-se de um **poder-dever** de velar pela exaustiva discussão dos conteúdos da lide, cujo alcance vai desde a organização inteligível dos elementos do litígio até os esforços máximos de negociação, tal como expõe PETERS (*Münchener Kommentar...*, p.999). Consequentemente, observa-se uma diminuição tendencial do domínio das partes sobre a matéria processual e das suas próprias responsabilidades, em contrapartida ao reconhecimento de corresponsabilidades a cargo dos tribunais (*idem*, p.1000). Na mesma ensancha, considerando que o juiz tem o *poder-dever* de prevenir as partes sobre deficiências e insuficiências de suas alegações (sendo essa uma das concretizações do dever geral de cooperação), há ainda paradigmático acórdão da Relação do Porto (RP, Proc. n. 744/98, 3ª Secção, rel. CUSTÓDIO MONTES, j.27.06.1998). *In verbis*: “O poder conferido ao juiz no art. 508º, 3, do CPC é um **poder-dever** de prevenir as partes sobre deficiências ou insuficiências de suas alegações ou do pedido, designadamente quando as partes, em vez de alegar factos concretos, se limitam a usar de expressões com mero significado técnico-jurídico. [...] Assentando esse dever numa ‘previsão fechada’ — que não deixa ao Tribunal qualquer margem de apreciação quanto à sua verificação — a omissão desse poder-dever constitui nulidade se influir no exame e decisão da causa” (in http://www.trp.pt/jurispr/trp_boletim02.pdf, acesso em 04.08.2005 — *g.n.*).

²⁵⁹² Para o autor, “o tribunal pode chegar até à **sugestão da modificação do objecto ou das partes da acção ou da formulação de um novo pedido**” (“Apreciação de alguns aspectos da “Revisão do Processo Civil – Projecto””, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, Julho/1995, ano 55º, II, p.362 [*g.n.*]). Em sentido bem mais restritivo, face às limitações do artigo 508º, 5, do CPC luso, obtempera LOPES DO REGO: “Não é [...] admissível, por esta via, o suprimento de uma petição inepta, nos termos do art. 193º, nem a convalidação para uma ‘causa petendi’ diferente da evocada pelo autor como suporte da petição ou reconvenção” (*op.cit.*, pp.340-341). Também assim PEREIRA BATISTA, entendendo que a reforma de 1995/1996 não consagrou o princípio da cooperação com a plenitude do modelo alemão, mas em versão *mitigada* (*op.cit.*, p.72, nota n. 121).

regular ou útil desenvolvimento do processo — cabendo, porém, ao autor decidir distender ou não o pólo passivo da demanda, já que o Brasil desconhece a citação “*iussu iudicis*”). Já no processo civil brasileiro, conquanto também haja ensejo processual próprio para aquelas intervenções (artigo 331 do CPC), são notoriamente mais raras.

O elenco dos (novos) deveres processuais dos magistrados, descobertos à luz do princípio geral de cooperação, revela a profunda revisão conceitual que paulatinamente se espalhou e se abrigou na ciência processual contemporânea. Condutas que outrora pareceriam evidente *quebra da imparcialidade* por parte do magistrado são hoje frequentemente *facultadas* ou mesmo *exigidas* como um seu dever processual, por força dos influxos doutrinários ou do próprio direito positivo (a exemplo do § 139, 1 a 5, da ZPO, dos artigos 266º, 2, e 508º, 1, “c”, e 2, “a”, do CPC português, ou do artigo 27º do CPT português²⁵⁹³). De se ver, porém, que a crítica forense tem denunciado, em Portugal, um juiz tendencialmente “passivo”²⁵⁹⁵, que não toma para si as iniciativas da prova e nem

²⁵⁹³ “O juiz deve, até à audiência de discussão e julgamento: a.) Mandar intervir na acção qualquer pessoa e determinar a realização dos actos necessários ao suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção; b.) Convidar as partes a completar e a corrigir os articulados, quando no decurso do processo reconheça que deixaram de ser articulados factos que podem interessar à decisão da causa, sem prejuízo de tais factos ficarem sujeitos às regras gerais sobre contrariedade e prova”. Esse preceito é decerto mais abrangente que o tacanho artigo 284 do CPC brasileiro (aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT), conferindo ao juiz amplos poderes para sugerir, admitir e até impor modificações objetivas e subjetivas na causa em trâmite. Não autoriza, porém, a *alteração essencial* do pedido ou da causa de pedir (a ponto de conformar, p. ex., uma relação jurídica diversa, em tese, daquela originalmente retratada na petição inicial). Nesse sentido caminhou a Relação de Coimbra, interpretando o artigo 29º do CPT de 1982 (que possuía basicamente a mesma redação do atual artigo 27º): v. RC, Rec. n. 1133, rel. Des. SOARES CARAMUJO, j. 29.10.1985, in BMJ 350/397. Ainda no CPT, testificando o alinhamento do diploma com a ideia de direção processual proativa e o seu comprometimento com a justa composição da lide (por vezes em detrimento da forma), vale lembrar o teor do artigo 74º, a legitimar os julgamentos “*ultra vel extra petitem*”. V. tópico 27.2.2.

²⁵⁹⁴ No Brasil, pontual e timidamente, a legislação contempla deveres processuais inspirados no princípio geral da cooperação processual (deveres *específicos* ou *concretos* de cooperação: cf., e.g., o artigo 284, *caput*, do CPC — similar ao 508º, 2, do CPC luso, se bem que restrito à petição inicial —, e o artigo 327, 2ª parte, do CPC), faltando, porém, uma norma escrita de formulação genérica e direta, como obviamos no item n. IV do tópico 23.2. Essa carência legislativa, todavia, no geral não tem combalido os juízes brasileiros — em especial os trabalhistas — no cumprimento de seus deveres de cooperação, como apontado anteriormente.

²⁵⁹⁵ Assim, e.g., no discurso de 11.11.2004 do Juiz Conselheiro ARAGÃO SEIGA, então presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por ocasião do ato de tomada de posse do vice-presidente de antanho (Cons. DUARTE SOARES), declarou o presidente que “a opacidade dos procedimentos, tantas vezes **construída sobre a passividade dos magistrados** (que — atente-se — não resulta do desinteresse destes), tende a esconder os objectivos das medidas e a distrair a sua ineficácia. E por isso, com ela não ganha o país nem ganham os cidadãos” (“A Justiça Portuguesa enfrenta hoje dias difíceis”, in http://www.asjp.pt/divulgacao/discursos04_03.html, acesso em 05.07.2005 [g.n.]). Pareceu-nos haver aí crítica a uma postura judiciária excessivamente “liberal” do juiz português.

provoca incidentes que possam aparentar quebra de imparcialidade. Prevalece ainda o paradigma do juiz liberal, mero árbitro em uma luta de partes formalmente iguais, “neutro” na acepção de TEIXEIRA DE SOUSA²⁵⁹⁶. Mesmo na Alemanha, a tese dos poderes assistenciais e o “modelo de Stuttgart” foram alvos de acerbas críticas, provocando recursos judiciais com o argumento da quebra da imparcialidade judicial; e, como consequência, parte significativa da classe advocatícia alemã ressent-se hoje da escassa dimensão pragmática do §139 da ZPO nas lidas forenses²⁵⁹⁷. Ainda assim, queremos crer que um programa racional de *direção processual proativa* seja, com a devida medida, uma das mais promissoras (re)construções do Direito Processual Civil recente. Convém apenas entender — agora com DEUTSCHER e IANNI — que, como tudo mais na vida cultural, a “consciência-em-si” propende a transfigurar-se em “consciência-para-si”²⁵⁹⁸: os segmentos sociais que se fecham dentro do modelo vigente ou de sua visão de mundo “*tendem a imaginar que a sua própria maneira de [...] pensar tem validade absoluta e mutável e que tudo que contraia seus padrões é, de alguma forma ‘anormal’, inferior e maligno*”²⁵⁹⁹. À academia, afinal, competirá sempre a missão da contrarresistência às inércias culturais.

V. Assim como os juízes, partes e seus mandatários judiciais não podem faltar ao dever de cooperação (artigo 266º-A, 2ª parte, do CPC), entre si e com o tribunal, sob pena de incorrerem em litigância de má-fé (artigo 456º, 2, “c”, do CPC), a par das cominações próprias do artigo 519º, 2, do CPC (v., *supra*, o §17º). Devem, igualmente, apresentar os documentos que lhe forem requisitados pela autoridade judiciária (artigo 528º c.c. artigo 529º do CPC luso), sob as penas do mesmo artigo 519º, 2 (multa cominatória, busca e apreensão e/ou valoração da recusa para efeitos probatórios, com possibilidade de inversão

²⁵⁹⁶ Estudos..., p.45.

²⁵⁹⁷ V., por todos, Hass, “*Il rapporto...*”, p.231. *In verbis*: “*Se, infatti, un’inchiesta condotta tra i giudici mostra un quadro positivo, la valutazione fatta dagli avvocati è del parere chiaramente negativa. In base a quest’ultima, il 65% degli avvocati è del parere che i giudici facciano un uso non sufficiente del potere di accertamento che viene accordato loro dall’art. 139 ZPO. La critica che viene mossa dagli avvocati è, in particolare, quella che i giudici facciano un uso non tempestivo o poco concreto e, talvolta, anche affrettato dell’obbligo di indicazione*” (g.n.). O sentimento crítico, portanto, não é o de que há “excesso de poderes”; ao revés, é o de que os poderes são pouco ou mal utilizados. V. também Ming-Sheng Liu, *Die richterliche...*, pp.224-227 (agora quando à percepção algo mais positiva dos juízes, nos juízos locais e regionais, acerca dos resultados práticos da aplicação do §139 da ZPO no contexto forense alemão).

²⁵⁹⁸ Octavio Ianni, *A Era do Globalismo*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1996, pp.173-174.

²⁵⁹⁹ Isaac Deutscher, *O judeu não-judeu e outros ensaios*, trad. Moniz Bandeira, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970, p.36. V. também Ianni, *A Era...*, pp.97 e 174.

do “*onus probandi*”). Daí já não ser correto afirmar, ao menos no processo civil, que as partes tenham, no processo civil, um sagrado “direito de resistência” a lhes permitir resistir, sem mais, às pretensões e iniciativas do “*ex adverso*”. Ao contrário, devem colaborar para a descoberta da verdade, assim como os terceiros a tanto instados (artigo 519º, 1, do CPC lusitano; artigo 341 do CPC brasileiro), integrando-se todos numa *unidade de trabalho*²⁶⁰⁰ vocacionada à finalidade última do processo, que é a justa composição da lide. Sobreleva, pois, a perspectiva *funcional* do processo (em detrimento da perspectiva meramente *relacional*²⁶⁰¹), concebendo-se a relação processual como um *todo* conducente a certo *fim*, cujas *partes* podem interagir em sentidos convergentes ou divergentes, mas sempre de modo ético e comprometidas com a consecução dos mesmos objetivos gerais: a *pacificação social* e a *certeza jurídica* (respectivamente, heranças do processo romano e do processo liberal), sem dúvida; mas, agora, associadas necessariamente ao maior conteúdo possível de *justiça material*²⁶⁰².

O que nos devolve, afinal, aos cinco *poderes-tipos de assistência* acometidos ao juiz, dentro da visão cooperativa que o processo judicial deve assumir no Estado Democrático e Social de Direito (*supra*, n. II).

O *dever de esclarecimento* (“*Hinweispflicht*” ou “*Fragepflicht*”) — que é um *poder-dever* para o juiz — implica na comunidade processual um *dever geral recíproco*: do juiz para com as partes e das partes para com o juiz²⁶⁰³. Pode e deve o juiz se esclarecer perante as partes, como também esclarecê-las acerca do que for necessário, em questões de

²⁶⁰⁰ Ou, na expressão alemã, *comunidade de trabalho* (“*Arbeitsgemeinschaft*”). Para Portugal, é uma nova concepção de processo, que se afasta do paradigma do juiz liberal, “enunciador” da lei (tópico 21.1), e confere *centralidade* ao princípio da cooperação. Que, é claro, não viria sem resistências: “[s]endo embora previsível um período de adaptação difícil, a nova legislação portuguesa constitui um passo importante no sentido da sua imposição” (Lebre de Freitas, *Introdução...*, p.153).

²⁶⁰¹ Que opõe, por definição, o *réu* ao *autor* (sujeitos *ativo* e *passivo* da relação processual), encimados por uma “parte imparcial” (o juiz).

²⁶⁰² Os conteúdos de justiça material evidentemente variam conforme a hipótese. Assim, é de se esperar que, num litígio em que as partes se valham largamente do direito à prova e esgotem as discussões em torno dos aspectos factuais e jurídicos de uma dada questão, a sentença tenha um conteúdo materialmente mais *justo* — porque se realizou mais completamente a Verdade como valor-tendência do processo — do que, p.ex., aquela prolatada em litígio no qual os réus foram julgados à revelia, sem quaisquer provas relevantes encartadas nos autos. Relacionando o princípio da cooperação à *paz social* e à *verdade material* (na acepção de “justiça material” aqui empregada: “*maior justeza e maior justiça para uma decisão substancial*”), cf. Pereira Batista, *op.cit.*, p.73.

²⁶⁰³ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.65.

fato e em questões de direito, desde que preservada a imparcialidade/”imparcialidade” ; e, da mesma forma, têm as partes o dever de esclarecer o juiz. O *dever de se esclarecer junto às partes* está no artigo 266º, 2, do CPC luso, pelo qual o juiz pode, em qualquer momento processual, fazer ouvir qualquer das partes ou seus representantes, “*convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência*” (o que revela que o poder-dever de esclarecimento articula-se necessariamente com a garantia do contraditório). E o *dever de esclarecimento das partes* está no artigo 266º, 3, pelo qual as partes, seus representantes e mandatários judiciais, uma vez instadas judicialmente a tanto, estão obrigadas ao comparecimento em juízo e a esclarecer o que lhes for pedido, ressalvadas as recusas do artigo 519º, 3 (i.e., quando a obediência importar em violação de integridade física ou moral, ou ainda em intromissão na vida privada ou familiar ou no domicílio e nos sigilos epistolar e de telecomunicações, ou ainda violação de sigilo profissional, funcional ou de Estado). No Brasil, esse dever das partes arranca do artigo 340 do CPC, pelo qual estão obrigadas a comparecer em juízo e responder o que lhes for perguntado, submeter-se à inspeção judicial e praticar o ato que lhes for determinado; já os deveres judiciais de cooperação não aparecem explicitamente. Na Alemanha, enfim, pode-se identificar o poder-dever de esclarecimento no §139, 1, da ZPO, pelo qual o juiz pode determinar que as partes se pronunciem sobre todos os fatos relevantes, discutindo com elas os aspectos controvertidos e formulando as perguntas que lhe parecerem necessárias sobre os aspectos fáticos e jurídicos (*supra*, n. III, e nota n. 2576); em contrapartida, as partes devem estar plenamente informadas de tudo, inclusive daqueles pontos de vista que sejam cogitados pelo tribunal e para os quais não tenham atinado (§139, 2). O poder-dever de assistência também está no §141, que dá ao juiz poderes para ordenar o comparecimento pessoal de ambas as partes, sob cominações pecuniárias, se isso é necessário para o seu esclarecimento acerca dos fatos (observando-se, porém, um critério de razoabilidade no que diz com os reais empecilhos das partes, como as grandes distâncias geográficas, e no que diz com a possibilidade de serem indicados representantes ou prepostos “*apud acta*”, capazes para os esclarecimentos e competentes para as vinculações²⁶⁰⁴). Podem-se

²⁶⁰⁴ In verbis: “§ 141. Anordnung des persönlichen Erscheinens.(1) Das Gericht soll das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint. Ist einer Partei wegen großer Entfernung oder aus sonstigem wichtigen Grund die persönliche Wahrnehmung

requisitar às partes, ademais, documentos, peças e autos que estejam em seu poder (§§ 142 e 143). SCHWAB²⁶⁰⁵ sugere, ademais, que é do dever de esclarecimento das partes que se desdobra o *ônus da impugnação especificada* (v. §138, 3, da ZPO; artigo 490º, 2, do CPC luso; e artigo 302 do CPC brasileiro): como a parte é livre para discordar dos fatos articulados pelo seu adversário ou, então, para deixar permanecer tão só a versão do “*ex adverso*”, o seu silêncio a respeito de certa alegação de fato — que significa omitir-se quanto ao seu dever de esclarecimento — não predispõe propriamente uma sanção, mas um resultado processual inevitável: toma-se por veraz a única versão apresentada nos autos.

É interessante observar, outrossim, os vínculos próximos que a doutrina alemã estabelece entre o poder-dever de esclarecimento e a própria garantia constitucional da “*rechtliches Gehör*” (artigo 103, 1, da GG — v., *supra*, tópico 16.1, n. II). Assim, *e.g.*, desenrolando a evolução jurisprudencial dos deveres assistenciais nos tribunais alemães, do CPO de 1877 até a década de oitenta do século passado (já sob a égide da GG), EGBERT PETERS obvia, a partir de julgados do *Reichsgericht* (de 1898 até a *Novelle* de 1924), como a inexistência daquela garantia constitucional ajuda a explicar posições inerciais e omissões de esclarecimentos então encontradiças nos tribunais alemães²⁶⁰⁶. Arranca-se

des Termins nicht zuzumuten, so sieht das Gericht von der Anordnung ihres Erscheinens ab. (2) Wird das Erscheinen angeordnet, so ist die Partei von Amts wegen zu laden. Die Ladung ist der Partei selbst mitzuteilen, auch wenn sie einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat; der Zustellung bedarf die Ladung nicht. (3) Bleibt die Partei im Termin aus, so kann gegen sie Ordnungsgeld wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen festgesetzt werden. Dies gilt nicht, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter entsendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluss, ermächtigt ist. Die Partei ist auf die Folgen ihres Ausbleibens in der Ladung hinzuweisen” (g.n.).

²⁶⁰⁵ Martin Schwab, *Grundzüge des Zivilprozessordnung*, Heidelberg, C. F. Müller, 2005, pp.63-64.

²⁶⁰⁶ Egbert Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1983, pp.21-41. Veja-se, p.ex., o comentário analítico às pp.24-25: “*Einer Klärung bedurfte ferner das Verhältnis zwischen richterlicher Fragepflicht und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Eine dem Art. 103 I GG vergleichbare gesetzliche Regelung des rechtlichen Gehörs gab es damals nicht. Die Idee eines “Rechtsgesprächs” war noch nicht aufgetaucht. Folglich hielt das RG den Richter grundsätzlich nicht für verpflichtet, seinen Rechtsstandpunkt schon im Laufe des Prozesses mitzuteilen oder gar die Partei auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen. Eröffnete jedoch der neue rechtliche Aspekt die Möglichkeit, daß die Parteien weiteres Tatsachenmaterial in dieser Richtung vortragen konnten, so hatte der Richter ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Vorbringen zu ergänzen. Neigte er z.B. dazu, statt des von den Parteien geltend gemachten Scheingeschäfts ein fiduziarisches Geschäft anzunehmen, so hatte er sie zu den Grundlagen und dem Inhalt eines fiduziarischen Verhältnisses zu befragen. Hielt der Richter nach § 831 BGB zwar den Entlastungsbeweis für den Verrichtungsgehilfen für erbracht, vermißte er aber reine Stellungnahme, daß der Beklagte der eigenen Kontrollpflicht genügt habe, so war su diesem Punkt das Fragerecht auszuüben*” (g.n.). De se ver que a autorização legal para que os juízes facilitassem positivamente a atividade processual das partes remonta a 1877; no entanto, somente na segunda metade do século XX o que antes se

disso que a matéria exige, a partir das consagrações constitucionais do devido processo formal (ou do processo equitativo), uma *releitura* que conduz à *amplificação* do poder-dever de esclarecimento. Ora, expandindo-se o raciocínio para os demais poderes-deveres de assistência, pela simples lógica de que todos os poderes assistenciais — e não apenas o de esclarecimento — têm os mesmos fundamentos e a mesma compleição ontológica, concluir-se-á que *o exercício dos poderes-deveres assistenciais está visceralmente ligado a uma concepção dinâmica e proativa do “procedural due process”*²⁶⁰⁷. Daí que, p.ex., o juiz inerte a ponto de perceber o vício processual insanável de certa petição inicial e ainda assim silenciar, aguardando o momento propício para extinguir sem mérito a instância, não apenas compromete os escopos políticos do processo (pacificação etc.) como ainda, apegando-se a um modelo de judicatura encanecido por duas centenas de anos (*supra*, tópico 21.1), contradiz afinal a própria garantia contemporânea do devido processo formal (a pressupor um processo-procedimento *útil* — tópico 26.1). E, no entanto, certa retórica judicial tem recorrido exatamente à ideia do devido processo para “justificar” posições inerciais similares às que PETERS identificou no primeiro quartel do século XX... Nada mais impróprio.

O *poder-dever de prevenção* é o mais evidente poder assistencial revelado pela legislação portuguesa, “*pelo que não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal*”²⁶⁰⁸. Uma vez que a garantia do “*procedural due process*” não assegura apenas uma decisão *qualquer*, mas uma *decisão de mérito* compromissada com a Verdade (como valor-tendência) e com a justa composição da lide (i.e., com conteúdos tendencialmente

via como uma “faculdade” ou uma iniciativa estritamente discricionária do juiz passa ser visto como um seu *dever*. Quanto a isso, v. James R. Maxeiner, Gyoocho Lee, Armin Weber, Philip K. Howard, *Failures of American Civil Justice in International Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p.179 (sobre o “*judge’s duty of clarification*” na Alemanha).

²⁶⁰⁷ Na mesma direção — identificando conexões jusfundamentais entre os poderes-deveres assistenciais do magistrado, o artigo 103, 1, da *GG* e a garantia do processo equitativo — v. Ming-Sheng Liu, *Die richterliche...*, *passim*; Thomas Schaefer, *Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess*, Hamburg, Druckstock, 2005, *passim*; e, ainda, Ekkehart Reinelt, “§ 139 ZPO – Die richterliche Prozessförderungspflicht in der Praxis”, in *Bayerischer Anwaltsbrief*, München, Dr. von Göler, Nov./2007, n. 1, *passim*, in http://www.bghanwalt.de/veroeffentlichungen/vo_r53_c.htm (acesso em 26.07.2012). Neste último, citando BAUMBACH e LAUTERBACH, REINELT atribui ao §139 da ZPO o emblemático papel de “*Magna Charta*” do processo civil alemão; ou, nas suas palavras, o “coração” do processo equitativo (“*Kernstück eines fairen Prozessverfahren*”). Na acertada ilação de REINELT, a gama de poderes-deveres do §139 “*soll [...] insbesondere dazu beitragen, den verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Artikel 103 Abs. 1 GG zu verwirklichen*”.

²⁶⁰⁸ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.66.

ótimos de justiça material, afinados com as balizas de validade do sistema — o que implica, p.ex., priorizar a tutela das pretensões dotadas de jusfundamentalidade), o Estado-juiz tem também o dever de *prevenir* as partes quanto a caminhos processuais que possam comprometer o desenvolvimento válido e regular do processo, que não conduzam à descoberta da verdade real ou que não deflagrem o tipo de tutela jurisdicional que atenderia aos interesses manifestos pelas partes, por exemplo. Aparece, na legislação portuguesa, no “convite” dirigido às partes para o aperfeiçoamento dos seus articulados (artigo 508º, 1, “b”, 2 e 3, do CPC), ou para o suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato (artigo 508º-A, 1, “c”, do CPC), ou para o das suas conclusões nas alegações recursais (v. o artigo 690º, 4, para ações ajuizadas até 31.12.2007, e o artigo 685º-A, 3²⁶⁰⁹, para ações ajuizadas a partir de 1º.01.2008; ou ainda, e 700º, 1, “a”, 2ª parte, do CPC²⁶¹⁰) — respeitando-se, sempre, o devido contraditório posterior (e.g., artigos 508º, 4, 685º-A, 4, etc.). Aparece também nos seus poderes de sanação e suprimento da falta de pressupostos processuais (artigo 265º, 2), ou ainda nos de “*realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*” (artigo 265º, 3). Na Alemanha, o juiz deve chamar a atenção das partes com respeito a considerações relevantes quanto aos aspectos que deverá examinar de ofício (§139, 3, da ZPO²⁶¹¹). No Brasil, a legislação pouco traz a respeito. No CPC, pode-se referir o poder-dever de o juiz conceder prazo ao autor para emendar ou aditar a petição inicial, antes de indeferi-la por irregularidades formais (artigos 282 e 283 c.c. artigo 284) — irregularidades que ocasionalmente poderão dificultar ou mesmo impedir o julgamento de mérito. Na CLT, por seu turno, há basicamente a norma geral do artigo 765, pela qual “[o]s Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas”, de que se dessumem poderes assistenciais intensamente explorados na praxe forense, como ilustrávamos há pouco (n. IV). Não é incomum que advogados militantes no foro cível experimentem certa estranheza nas barras dos juízos trabalhistas,

²⁶⁰⁹ Na redação do DL n. 303/2007, de 24 de agosto. *In verbis*: “Quando as conclusões sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o número anterior, o relator deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, no prazo de cinco dias, sob pena de se não conhecer do recurso, na parte afectada”.

²⁶¹⁰ Na redação do DL n. 303/2007, de 24 de agosto (reportando ao próprio artigo 685º-A, 3).

²⁶¹¹ *In verbis*: “Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen”.

em contato com a liberdade e a desenvoltura com que os juízes do Trabalho sugerem retificações e aditamentos, em especial nas petições iniciais, com o objetivo de assegurar um julgamento de mérito minimamente útil (o que não significa assegurá-lo favorável a uma ou a outra parte). Preservada a imparcialidade (i.e., afastadas as teratologias), a “estranheza” não se justifica, se o processo é percebido na perspectiva da igualdade substancial, do princípio da cooperação — que vincula o próprio juiz — e dos próprios escopos do processo. Não haveria que ser diferente, ademais, mesmo no processo civil: nas duas modalidades, o dever de prevenção

“vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestões de certa atuação”²⁶¹².

Age-se ali, pois, no marco de tais deveres, e em especial desse derradeiro (sugestões de atuações ou iniciativas processuais mais úteis para as pretensões ventiladas no contexto do processo).

Há, enfim, os *poderes-deveres de consulta* e os *poderes-deveres de auxílio*.

Os primeiros ligam-se à garantia constitucional do contraditório e impõem que o juiz ouça os pronunciamentos das partes sobre todos os pontos relevantes, fáticos ou jurídicos, da matéria litigiosa; e que o faça *preferentemente* “*ex ante*”, evitando as “decisões-surpresa”. É o que está no artigo 3º, 3, do CPC luso, aplicando-se mesmo às hipóteses dos artigos 729º, 3, e 730º, 1 (i.e., o próprio STJ deve fazer ouvir as partes interessadas antes de definir novo enquadramento jurídico para certa questão “*sub iudice*”²⁶¹³); ou ainda, no Brasil, o que estará nos artigos 10 e 110, par. único, do PL n. 6.025/2010 (projeto do novo CPC brasileiro). Dizemos, porém, “preferentemente”, porque estamos convictos de que, à mercê de outros interesses — processuais ou materiais — e das

²⁶¹² Teixeira de Sousa, *Estudos...*, p.66 (citando o próprio PETERS). Assim, v. também Egbert Peters, *Richterliche...*, pp.122-127.

²⁶¹³ Teixeira de Sousa, *Estudos...*, pp.66-67.

circunstâncias de fato envolvidas (mesmo o artigo 3º, 2, do código luso ressalva os “casos excepcionais”), esse dever inflete-se com frequência, como de resto a própria garantia do contraditório admite inflexões (v. *supra*, §28º, e, para a crítica ao projeto brasileiro, tópico 21.1, n. III). Assim, a depender das ponderações concretas, a consulta poderá se dar “*ex post*”.

Os últimos dizem com “*o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais*”²⁶¹⁴: havendo dificuldade séria da parte em conseguir certa informação ou em obter documento ou outro meio de prova sem o qual não logrará desincumbir-se convenientemente de um ônus, ou exercitar uma faculdade, ou exercer um direito processual, ou ainda atender um dever, incumbe ao juiz *providenciar pela remoção do obstáculo* (v. artigo 266º, 4, 519º-A, 1, e 837º-A, 1, do CPC), desde que seja possível — jurídica e faticamente — fazê-lo. É um poder consecutório da funcionalidade dos processos judiciais, dirigida à obtenção de decisões meritórias e íntegras. O bom desempenho dos poderes de auxílio geralmente demanda, da autoridade judiciária competente, alguma argúcia e um razoável conhecimento técnico.

Por fim, ao lado desses quatro poderes, e tendo em conta tudo o que demonstramos até este momento, é imperioso agregar mais um: o ***poder-dever de inflexão formal***, que poderia ser assim enunciado: *o poder-dever de infletir as regras de processo-procedimento, respeitada a “Wesenskern” do devido processo formal (§§ 25º e 26º), sempre que a fixidez daquelas regras obstruir injustificada e seriamente a decisão de mérito ou a justa composição (material) do litígio*. Também há disso exemplos nas legislações. Em Portugal, vejam-se os imperativos de gestão processual e de adequação formal “*ex officio*” presentes no CPC (artigo 265º-A) e na legislação esparsa (e.g., artigo 2º do DL n. 108/2006 — v., *supra*, o tópico 23.2, n. III). Vejam-se ainda, no anteprojeto do novo CPC brasileiro (a que atualmente corresponde o PL n. 6.025/2010), as precitadas redações originais do artigo 107, V (que conferia ao juiz o poder-dever de “*adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico,*

²⁶¹⁴ *Idem*, p.67.

respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”²⁶¹⁵) e do artigo 151, §1º (pelo qual, “[q]uando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”²⁶¹⁶). Podemos também entrevê-lo, ainda que veladamente, no artigo 765 da CLT (“*ampla liberdade na direção do processo*”), o que explica, do ponto de vista técnico-jurídico, a grande desenvoltura com que os juízes do Trabalho infletem a vergastada normativa processual laboral de 1943. Entendemos, pois, que *as inflexões formais decorrem de um tipo específico de poder assistencial que as ordens jurídicas democráticas acometem*, mais ou menos explicitamente (e sob limites), *aos juízes e tribunais judiciais*.

Então, quais os **limites** para o exercício dos poderes assistenciais, em especial os de inflexão formal? Porque, como todo poder processual, não podem ser exercitados despoticamente. E, à vista do quanto já se expôs (em especial nos §§ 14º e 25º), podem-se contemplar ao menos dois limites distintos.

O primeiro limite, de ordem *formal*, é o da **fundamentação judicial**. De regra, todas as decisões judiciais hão de ser mesmo fundamentadas (no Brasil, v. o artigo 93, IX, da CRFB; mais timidamente, em Portugal, v. o artigo 205º, 1, da CRP). Essa condição de validade é ainda mais imperiosa se os poderes assistenciais, quando exercitados, tencionam-se com direitos, liberdades ou garantias fundamentais — como particularmente se dá com os poderes de inflexão formal, que relativizam o *direito ao procedimento* (e, portanto, o devido processo legal-formal). Não por outra razão, a Constituição portuguesa prevê que, na constrição a tais direitos — aliás, não só a esses, mas a *quaisquer* direitos ou

²⁶¹⁵ Como visto alhures (tópico 23.2, n. IV), esse preceito foi parcialmente revisto — em nossa opinião, para pior — na tramitação junto à Câmara dos Deputados. Para a crítica e a reflexão sobre o tema, inclusive no contexto da lei brasileira, v. Paula Costa e Silva, “*Legalidade das formas...*”, *passim*.

²⁶¹⁶ Preceito eliminado no substitutivo da Câmara dos Deputados (Dep. VALTER PEREIRA), que — registre-se — se fiou no discurso de resistência de segmentos que temem maiores poderes judiciais para prestar, neste particular, um rematado desserviço à evolução do processo civil brasileiro. O “parto” legislativo desse poder assistencial para o mundo do direito legal-positivo, com a explicitude desejada, aparentemente se adiará. Tendo-se em conta, porém, que o poder-dever de inflexão formal dimana *diretamente* da cláusula constitucional do devido processo formal, não deverá ser a tibieza político-legislativa uma razão jurídica bastante para que, presentes os pressupostos da inflexão formal, os juízes deixem de promovê-la, a bem dos escopos do processo e da função de tutela de direitos materiais que justifica a jurisdição.

interesses legalmente protegidos —, os próprios *atos administrativos* (logo, não jurisdicionais) devem ser fundamentados, de modo expresso e acessível (artigo 268º, 3, da CRP), controlando-se assim a discricionariedade administrativa e assimilando-se, para todos os efeitos, a teoria dos motivos determinantes²⁶¹⁷. “*A fortiori*”, decisão judicial — ainda que interlocutória — que restringe ou relativiza direitos e interesses materiais ou processuais, se não está fundamentada, é virtualmente írrita. Ao revés, se está fundamentada, pressupõe-se válida e legítima a inflexão formal, à vista dos poderes de acerto processual que são acometidos ao juiz. Disso se conclui que, paralelamente ao que se passa com os atos legislativos em geral²⁶¹⁸, as decisões judiciais que afetam direitos procedimentais gozam de *presunção de constitucionalidade* “*si et quando*” fundamentadas, mantendo os seus inteiros efeitos até que decisão judicial ulterior — do próprio juízo de origem ou do tribunal “*ad quem*” — venha a cassá-la, revê-la ou modulá-la, forjada na reflexão da matéria jurídica em disputa e das respectivas circunstâncias concretas. Ao contrário, se a decisão infletora não está fundamentada (ainda que sucintamente), convirá afirmar, “*a contrario sensu*”, haver uma *presunção de inconstitucionalidade* na relativização do devido processo legal-formal (a desafiar, inclusive, cassações liminares).

O segundo limite é de *fundo* e diz com os **metalimites imanentes e dialógicos** das inflexões, ditados que são pelo “*substantive due process*”, como já proposto ao leitor; e, logo, com as *ponderações concretas* de cada caso judiciário. Nenhuma inflexão formal de procedimento pode ser praticada com violação ao conteúdo essencial dos vários direitos

²⁶¹⁷ Sobre a *teoria dos motivos determinantes* no Direito Administrativo, cf., por todos, Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p.193: “*Mesmo nos atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido. A propósito dessa teoria, hoje corrente na prática administrativa dos povos cultos, o Prof. Francisco Campos assim se manifesta: ‘Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se funda’*”. V. também, *supra*, a nota n. 1888.

²⁶¹⁸ Cf. no Brasil, STF, SS n. 1.853/DF, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, in DJ 04.10.2000; v. também TRF 1ª Reg., Proc. nº 2004.01.00.001485, 07ª Turma, rel. Des. TOURINHO NETO, j.30.06.2004. Na doutrina norte-americana, v. W. REHNQUIST: “*It has always seemed to me that this presumption of constitutionality makes eminent good sense. If the Supreme Court wrongly decides that a law enacted by Congress is constitutional, it has made a mistake, but the result of its mistake is only to leave the nation with a law duly enacted by the popularly chosen members of the House of Representatives and the Senate and signed into law by the popularly chosen president*” (William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York, Vintage Books, 2001, p.279).

processuais decorrentes do “*procedural due process*” (e.g., inflexões que subtraíam ao réu a oportunidade formal de mínimo contraditório — ainda que eventual ou diferido —, ou a possibilidade de acesso suficiente à informação, ou que desaguem em juízos secretos etc.). Assim, e.g., não há inflexão possível ou razão jusfundamental bastante a autorizar, p.ex., decisões judiciais sem mínima fundamentação (*supra*, tópico 23.6, n. IV, “2”). Por outro lado,

“pressupõe-se seja a disciplina legal do ato processual a mais adequada e idônea ao fim pretendido. E a observância dela é exigida **apenas na medida em que se revele realmente necessária a que escopo seja alcançado**. A idéia fundamental é, pois, **a relação de adequação entre a forma e o fim**”²⁶¹⁹.

Mais que “adequação” (que é apenas uma variável da equação), diríamos melhor “proporção”. Eis os metalimites dialógicos das inflexões. Para manejar seu poder-dever de inflexão formal, o magistrado deve ter em conta que toda inflexão de procedimento só se justificará se for, na dimensão fática, estritamente *necessária* para o fim colimado (logo, não pode se dar a reboque dos caprichos do tribunal); se for, ainda na dimensão fática, *adequada* para salvaguardar ou otimizar o direito ou interesse, processual ou material, que se pretende favorecer com a inflexão; e, ao mais, se for, na dimensão jurídica, *estritamente proporcional* (o que significa dizer que, em uma ponderação axiológica concreta do juízo ou tribunal, os interesses, direitos e/ou pretensões materiais episodicamente contrapostos ao direito ao procedimento sejam considerados, isolada ou conjuntamente, *mais valiosos* que o próprio direito ao procedimento e o valor a ele subjacente — a segurança jurídica —, legitimando o seu sacrifício localizado e controlado). Todos esses aspectos deverão ser suficientemente explicitados na *fundamentação* da decisão judicial infletora, de modo a possibilitar oposições bem informadas, seja em pedido de reconsideração, seja pela via recursal (e, nesse caso, também para que o tribunal “*ad quem*” possa reexaminar as questões de fato e de direito com pleno entendimento das razões do juízo “*a quo*”, corroborando-as ou reparando-as).

BEDAQUE observa, em sentido bem semelhante, que o aplicador da lei processual deve atentar, como “critério para o abrandamento do rigor formal”, para o binômio *forma*

²⁶¹⁹ Bedaque, *Efetividade...*, p.423 (g.n.).

*inútil / atipicidade irrelevante*²⁶²⁰. Devemos, porém, concatenar esse binômio com o que foi apresentando acerca dos *limites de fundo* para o exercício dos poderes assistenciais (e, notadamente, para o exercício do poder de inflexão formal).

A formalidade legal pode ser inútil desde o advento da lei que a introduziu; e, então, poderemos estar diante de um problema de *proporcionalidade da lei* “*in abstracto*” (que melhor se resolve no controle concentrado de constitucionalidade, mas em modelos de controle difuso ou misto — como é o brasileiro — também pode ser enfrentado em sentenças concretas, “*incidenter tantum*”). Mas também pode ser inútil em virtude do efeito obsolecente do tempo, que torna certos ritos e formalidades absolutamente despropositados (imagine-se, *e.g.*, em tempos de processo eletrônico, a exigência de numeração e rubrica das folhas dos autos²⁶²¹, de procedimentos de juntada, de assinatura física etc.); nessa hipótese, estaremos discutindo a *capacidade de aprendizagem* das normas de procedimento, o que reporta o intérprete à noção de *devido processo substantivo*, já que a capacidade de aprendizagem das normas constitucionais (tópico 12.2, n. IV, “c”) abrange também a capacidade de aprendizagem de cláusulas gerais constitucionais, como é o devido processo formal ou o processo equitativo. No entanto, a aferição da forma inútil “*in genere*” não está no mesmo nível de concreção dos juízos de proporcionalidade propostos no parágrafo anterior (= metalimite dialógico), circunscritos aos direitos, interesses e pretensões que dialogam “*in concreto*” no processo. Assim, a cogitação da utilidade da forma (em geral) pode *acrescer* àqueles limites de fundo, indagando-se, para os efeitos da inflexão formal, se a forma ditada pela lei *tem* (ou *segue tendo*) *utilidade* no marco do sistema jurídico em que está inserido. É a linha de raciocínio que, a propósito, tem levado parte da doutrina a sustentar, no processo laboral brasileiro, a decrepitude da norma do artigo 880, *caput*, da CLT²⁶²² (e, por conseguinte, a sua inaplicabilidade, embora em vigor

²⁶²⁰ *Idem*, pp.424 e ss. (especialmente p.428).

²⁶²¹ V., *e.g.*, o artigo 167 do CPC brasileiro. Nada obstante, o sistema processual brasileiro deu importante salto na direção da informatização dos procedimentos (e do abandono das antigas formas) com o advento da Lei n. 11.419/2006.

²⁶²² *In verbis*: “*Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora*” (na redação da Lei n. 11.457/2007).

o texto), socorrendo-se na ideia de “lacuna ontológica” e/ou “axiológica”²⁶²³. Mas, observe-se, esse deve ser apenas um argumento de *reforço*. Isso porque, mesmo quando útil a forma ou o rito no contexto sistemático geral, poderá (deverá) o juiz infletir-los *concretamente*, sob fundamentação, se presentes razões jusfundamentais (proporcionalidade) que justifiquem concretamente a inflexão.

Diversa é a natureza do problema da (ir)relevância da atipicidade das formas adotadas pelo juiz no exercício de seu poder-dever assistencial de inflexão. Raciocinando-se em torno de *prejuízos concretos*, como parece alvitrar BEDAQUE²⁶²⁴, estamos mesmo no campo da ponderação casuística, avaliando o que se perde e o que se ganha concretamente para então identificar, na teoria de RAWLS, o sacrifício mais razoável (*supra*, tópico 31.2, n. II). Trata-se do elemento da proporcionalidade em sentido estrito, visto pela sua hipótese menos dilemática: quando a inflexão preconizada, que favorece certos interesses, não carrega *prejuízo relevante* para nenhum interesse contraposto. Mesmo se o carrear, todavia, segue válida a fórmula da proporcionalidade: tratar-se-á de decidir qual o prejuízo contextualmente *mais aceitável*, se não estiver em causa aspecto da “*Wesenskern*” do devido processo formal.

VI. Isso tudo entendido, voltamos às considerações do tópico 7.3.3 (n. V) para afirmar que, se existem *poderes-deveres*, devem existir *direitos processuais* correlatos, que derivam direta ou indiretamente da “*due process clause*” — na confluência de suas

²⁶²³ V., por todos, Luciano Athayde Chaves, *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*, São Paulo, LTr, 2006, pp.55 e ss. A tese é a de que, ante a lacuna ontológica da CLT (à vista da decrepitude do artigo 880 da CLT), passe-se a aplicar integralmente o artigo 475-J do CPC (na redação da Lei n. 11.232/2005), eliminando-se a citação por mandado: o réu seria simplesmente notificado, pelos meios de comunicação processual disponíveis (inclusive epistolares), para efetuar o pagamento em quinze dias; não o fazendo, expedir-se-ia já o mandado de penhora e avaliação, com multa de dez por cento acrescida ao montante exequendo. Sobre a nossa posição a respeito (reconhecendo, à falta de fundamentos concretos para a inflexão — a se aferirem caso a caso —, o direito do executado ao procedimento legal), cf. G. G. Feliciano, “O ‘novíssimo’ processo civil...”, *passim*.

²⁶²⁴ “Além disso, mesmo a não-observância daquelas exigências formais plenamente justificáveis pode tornar-se irrelevante se não houver prejuízo ao fim visado pelo legislador. Prejuízo está intimamente relacionado com interesse na realização do objetivo processual, seja ele imediato, do ato em si, seja do próprio processo” (*Efetividade...*, pp.425-426 [g.n.]). Do ponto de vista lógico, tal “prejuízo ao fim visado pelo legislador” só pode ser um prejuízo aferível “*in concreto*”, no processo judicial sob análise; do contrário, se a atipicidade for *abstratamente* irrelevante para o fim visado pelo legislador, a forma típica seria uma forma inútil, e o binômio proposto pelo docente paulista seria na verdade um monômio. V. também Humberto Theodoro Júnior, “As nulidades no Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, n. 30, p.46.

dimensões formal e substancial — e podem ser enunciados com precisão bem maior que os já vulgares “direito à ordem jurídica justa”, “direito ao procedimento” e que tais. É o nosso derradeiro intuito: *minudenciar* cinco dos principais **direitos processuais constitucionalmente adscritos** que derivam daqueles poderes assistenciais e da complexa estrutura semântica do “*due process of law*”, explorada nos três capítulos deste trabalho. Passemos a isto.

De início, cabe rememorar brevemente, com ALEXY²⁶²⁵, que direitos fundamentais constitucionalmente adscritos — i.e., direitos fundamentais decorrentes de normas adscritas de direitos fundamentais²⁶²⁶ (“*Zugeordnete Grundrechtsnormen*”) — são aqueles que não decorrem de normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional; decorrem, porém, de normas *adscritas* (ou “atribuídas”) às normas diretamente estabelecidas pela Constituição, pelo labor construtivo dos tribunais — como no exemplo de ALEXY, relativo ao artigo 5º, 3, da GG²⁶²⁷ — ou do próprio legislador ordinário, quando lhe caiba regulamentar os preceitos constitucionais. As normas jusfundamentais adscritas descobrem-se a partir de normas constitucionais *estrutural* e/ou *semanticamente abertas*, assim classificadas respectivamente em função da indeterminação dos seus termos (como com os vocábulos “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, nos exemplos de ALEXY²⁶²⁸, ou ainda, em nosso contexto, com a expressão “devido processo legal” — que, vimos, perfaz uma cláusula geral²⁶²⁹) e da impossibilidade de se determinar se a tutela constitucional engendra

²⁶²⁵ *Theorie...*, pp.57 e ss.

²⁶²⁶ Na tradução brasileira da “*Theorie der Grundrechte*” de ALEXY, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA preferiu a expressão “normas de direitos fundamentais atribuídas” (*Teoria...*, pp.69 e ss.).

²⁶²⁷ Dita o texto normativo, na sua primeira parte: “*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei*”. Omitindo a figura da “arte” (que não lhe interessava para o exemplo), ALEXY extrai a seguinte norma de direito fundamental constitucionalmente expressa: “*A ciência, a pesquisa e o ensino devem ser livres*”. Mas a indeterminação semântica logo se põe: o que é “ciência”, “pesquisa” ou “ensino” para efeitos constitucionais? E, mais, a correspondente “liberdade” conquista-se por meio de ações ou de abstenções do Estado (= abertura estrutural)? Recorrendo a julgado do *Bundesverfassungsgericht* alemão sobre lei provisória para o ensino superior integrado na Baixa Saxônia (v. *BVerFGE* 35, 79), ALEXY identifica então duas normas “derivadas” da norma expressa pelo artigo 5º, 3, da GG: a uma, “[o] Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às futuras gerações disponibilizando meios pessoais, financeiros e organizacionais” (i.e., há um direito de prestação adscrito ao texto do artigo 5º, 3, da GG); e, a duas, “[t]odo aquele que atua na área científica, de pesquisa e de ensino [...] tem o direito de proteção contra qualquer interferência estatal no processo de obtenção e transmissão dos conhecimentos científicos” (i.e., um direito de defesa adscrito ao texto do artigo 5º, 3, da GG). Eis, pois, duas normas de direitos fundamentais adscritas, como descobertas e enunciadas pelo *BverfG*.

²⁶²⁸ Ou, no idioma original, “*Wissenschaft*”, “*Forschung*” e “*Lehre*”.

²⁶²⁹ *Supra*, tópico 8.2.4, n. VI, “iv”.

direitos subjetivos e se demanda meras abstenções estatais ou se exige, ao revés, ações estatais concretas de realização (o que igualmente se passa com a “*due process clause*”, em especial no que diz respeito à posição do Estado-juiz diante do processo-procedimento ditado pelo legislador ordinário: *interferência* ou *abstenção*?).

Em outras palavras, as “*zugeordnete Grundrechtsnormen*” não estão textualmente ditadas pelos enunciados da Constituição, mas se encontram em conexão semântica e teleológica com o seu texto e detêm, por isso, *status* constitucional; chega-se à definição da norma jusfundamental adscrita a partir de uma “relação de precisão” ou de “refinamento” (“*Präziserungsrelation*”), que parte da norma “escrita” e chega àquela adscrita²⁶³⁰; daí, pela presumível comunicação da natureza da norma original às suas derivadas, o referido caráter constitucional. Essa ilação, todavia, não é pacífica. O próprio catedrático de Kiel apresenta argumentos contrários à ideia, como p.ex. o fato de que os conteúdos das normas adscritas não coincidem com o próprio texto constitucional de que pretendem derivar, embora possam ser “atribuídos” a eles; arrima-se nessa lógica, de pendor literalista, a tese de que somente seriam normas de direitos fundamentais aquelas diretamente expressas pelo texto constitucional (tese a praticamente desautorizar, nessa sede, a existência de normas “materialmente” constitucionais). No entanto, observa em seguida, são mais fortes os argumentos favoráveis: a uma, as normas adscritas não mantêm uma relação “casual” com as normas diretamente expressas, mas antes são *necessárias* quando a norma expressa pelo texto constitucional, sendo estrutural e/ou semanticamente aberta, tem de ser aplicada a casos reais (sua concreta aplicabilidade passa a depender, portanto, dos desdobramentos possíveis a partir daquela “relação de precisão” há pouco reportada); e, a duas, as normas constitucionalmente adscritas só são admitidas pelos tribunais *porque* a Constituição consagra o texto de que deriva a norma expressa, o que permite reconhecer, além da “relação de precisão”, uma “relação de fundamentação” entre a norma expressa (i.e., a “norma a ser refinada”) e a norma adscrita (i.e., a “norma que a refina”²⁶³¹).

²⁶³⁰ Alexy, *Theorie...*, pp.60-63.

²⁶³¹ As expressões — “norma a ser refinada” e “norma que a refina” — foram extraídas da edição brasileira (*Teoria...*, p.72).

O autor não desconhece, porém, as dificuldades teóricas que a jusfundamentalidade das normas adscritas engatilha. Os debates que se travam em matéria de direitos fundamentais tornam-se, em grande medida, debates sobre quais normas podem (devem) ser atribuídas às normas diretamente expressas pelo texto constitucional. No limite, qualquer norma enunciada a partir de um texto constitucional poderia ser “adscrita” e gozaria de constitucionalidade material, ainda que fosse rejeitada pela maioria dos intérpretes e contasse com fundamentação insuficiente (no exemplo-limite de ALEXY, até mesmo os enunciados pouco sérios, formulados por uma única pessoa — *e.g.*, o que derivasse dos artigos 5º, 3, e 13 da GG a obrigação de o Estado fornecer um apartamento de dois cômodos a cada estudante, próximo à respectiva universidade —, poderiam expressar norma de direito fundamental...). Para evitar tais excessos, reconhece haver dois critérios: o **critério empírico**, pelo qual se tomarão como adscritas aquelas normas de direitos fundamentais *de fato* atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente expressas pelo texto constitucional (identificando, portanto, como “intérpretes autorizados” os tribunais e a “*communis opinio doctorum*”); e o **critério normativo**, mais adequado para uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, pelo qual a questão acerca de quais normas não escritas podem ser corretamente *adscritas* ao texto constitucional é uma questão *constitutiva*, de modo que precedentes judiciais e consensos dogmáticos podem ser relevantes, mas não serão suficientes: a norma adscrita só será válida, gozando de jusfundamentalidade, se a sua adscrição ao texto constitucional basear-se em uma *correta explicação de ordem jusfundamental*, i.e., em uma *correta explicação referida a direitos fundamentais* (considerando-se, para tanto, não apenas o elemento jurídico, mas também o sociológico e o ético). Logo, a validade constitucional do direito fundamental adscrito dependerá, em última análise, da correção da *argumentação de jusfundamentalidade* que a sustentar — o que indubitavelmente termina por recrudescer o poder criativo dos tribunais nesse âmbito. Parece-nos mesmo que, de um certo modo, o critério normativo *converge* para o critério empírico. A partir disso, torna-se compreensível, no campo teórico, a possibilidade de que ocorram *descobertas de novos direitos fundamentais* (ou de novas normas adscritas de direitos fundamentais, o que resulta no mesmo), a partir das corretas elucubrações da doutrina e da jurisprudência²⁶³². E, de resto, a ideia de que “*normas de*

²⁶³² Alexy, *Theorie...*, pp.62-63 (nota n. 57 do Capítulo 2). V. também Richard Toma, “*Die juristische*

direitos fundamentais são todas as normas para as quais há a possibilidade de uma correta justificação referida a direitos fundamentais” pode ser generalizada, abrangendo tanto as normas adscritas como as normas expressas (sendo certo que, para essas últimas, a “correção” da fundamentação basta-se com a referência ao texto constitucional)²⁶³³.

Bem compreendida a natureza e os limites conceituais dos direitos fundamentais constitucionalmente adscritos, e mirando-se nos tantos exemplos doutrinários e jurisprudenciais subministrados ao longo deste estudo (que já terão subministrado suficiente justificação de ordem jusfundamental para diversas adscrições cogitáveis), o intérprete mais arguto poderá sacar do entroncamento dinâmico entre o “*procedural due process*” e o “*substantive due process*”, com raciocínios dedutivos simples, um elenco relativamente seguro de *direitos processuais constitucionalmente adscritos* (logo, *direitos subjetivos públicos de natureza processual*), fruíveis por qualquer pessoa humana submetida à jurisdição de um Estado Democrático de Direito. Pelo quanto exposto nos §§ 26º a 32º, preferiremos trabalhar com o seguinte elenco:

- o direito a um processo efetivo;
- o direito a um procedimento adequado para o direito material em tese e sensível às circunstâncias fático-concretas;

Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen”, in *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Hans-Carl Nipperdey (Hrsg.), Berlin, Reimar Hobbing, 1929, B. 1, pp.01–53 (especialmente p.04, sobre a Hermenêutica como “vara de condão” a descobrir novos veios de normas válidas até então ocultas nas “montanhas” da *Weimarer Verfassung*; o próprio ALEXY transcreve o trecho).

²⁶³³ Na sequência da obra (*Theorie...*, pp.64 e ss.), ALEXY trata de extremar a sua teoria daquela proposta por F. MÜLLER (*Métodos de trabalho...*, pp.51 e ss.), já evocada neste trabalho em alguns ensejos (v., e.g., nota n. 1946), e que se pretende pós-positivista, por *superar* a tensão kelseniana entre mundo-do-ser e mundo-do-dever-ser ao reconhecer na *norma jurídica*, a um tempo, o *programa normativo*, que corresponde à *norma alexyana*, e o *âmbito normativo*, que é o setor da realidade social “escolhido” ou mesmo “criado” pelo programa normativo, a lhe servir como área de regulação (e que não tem equivalente na teoria alexyana). E, no particular, estamos com ALEXY. Conquanto reconheçamos *relevância prático-teórica* e inclusive *expressão normativa* no conceito mülleriano de “âmbito normativo” (eis que, realmente, esse âmbito pode ser parcial ou completamente “moldado” pelo programa normativo; imagine-se, p.ex., o papel sumamente criativo das normas jurídicas de direito eletrônico nos próprios espaços virtuais que regulam) — e por isso o temos empregado —, não parece acertado afirmar que todo e qualquer elemento ligado àquele “âmbito” *integre* inapelavelmente o próprio conceito de norma jurídica. Há mesmo que distinguir entre os *critérios* (ou *argumentos*) pelos quais se decide sobre a jusfundamentalidade de uma norma — notadamente se for uma norma adscrita — e a própria *entidade* normativa, i.e., a própria norma jurídica constitucional (expressa ou adscrita). Porque, na correta dicção da ALEXY, “*um critério para algo é coisa diferente de um elemento de algo*” (“*Ein Kriterium für etwas ist etwas anderes als ein Bestandteil von etwas*” [p.70]).

- o **direito a um contraditório eficaz**, mas não procrastinatório;
- o **direito a uma jurisdição corretiva e transformadora**;
- o **direito à coisa julgada constitucional**;
- o **direito a meios de execução efetivos e adequados**.

Todos são inegavelmente direitos processuais adscritos à garantia constitucional do “*due process of law*”, ou daquela que lhe equivalha constitucionalmente (como se dá, em Portugal, com a garantia do processo equitativo).

Examinemos brevemente, um a um, cada um desses “novos” direitos processuais, com suas explicações jusfundamentais e algumas das suas potencialidades.

VII. O direito a um processo efetivo foi já examinado em diversas passagens deste estudo, e em especial no tópico 26.1. É cediço que não há acesso *útil* à justiça se não houver processo *efetivo*; e é *efetivo*, segundo os léxicos, aquilo que “*produz efeito, que tem a capacidade de produzir o efeito desejado, ou programado*”²⁶³⁴. Vimos alhures, com DINAMARCO²⁶³⁵, que o processo tem variegados escopos: o escopo propriamente *jurídico* (na leitura chiovendiana, a atuação da “vontade concreta” do Direito, a que corresponde, em leitura mais atual, a tutela efetiva dos direitos e interesses materiais lesados ou ameaçados, i.e., a *justa* composição do litígio), além dos ditos escopos *políticos* (afirmação da autoridade do Estado, organização do poder legítimo, tutela da liberdade²⁶³⁶,

²⁶³⁴ Cf. *iDicionário Aulete*, verbete “*efetivo*”, in <http://aulete.uol.com.br> (acesso em 31.07.2012).

²⁶³⁵ Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade...*, *passim* (especialmente pp. 126-128, 193-272, 387-388). V. também, *supra*, as notas ns. 230 e 1901.

²⁶³⁶ Escopo que, a rigor, atende melhor à designação de “político” se considerarmos especialmente o *processo penal*, cuja **efetividade** diz com o equilíbrio ideal entre a finalidade de assegurar a paz social pela punição das infrações penais, por um lado, e a de assegurar a todos os indivíduos a sua liberdade individual, por outro (Antonio Scarance Fernandes, “*Efetividade, processo penal e dignidade humana*”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Jorge Miranda, Marco Antonio Marques da Silva (coord.), 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009, p.574). O processo penal talvez consubstancie a mais perfeita manifestação do “*procedural due process*” como garantia política do cidadão contra os desmandos do Estado e dos seus governantes, que já não podem pôr a ferros quem bem entendam. É sobretudo nesse contexto, pois, que o processo judicial traduz fortemente a ideia político-liberal de limitação do arbítrio estatal. Fora desse ambiente, porém, é da nossa opinião que a *tutela das liberdades públicas* conforma-se muito mais propriamente ao *escopo jurídico* do processo — porque as liberdades estão entre os mais dignos interesses materiais “*lato sensu*” que se podem assegurar pelo processo, ao lado das garantias e dos direitos fundamentais “*stricto sensu*” (imaginem-se, e.g., a ADPF n. 187 que, para a tutela das liberdades de expressão e de reunião, levou à liberação, no Brasil, das “marchas pela maconha”) — que aos seus escopos políticos. V.

participação democrática na função jurisdicional) e *sociais* (pacificar com justiça, educar e conscientizar a sociedade). Poder-se-ia mesmo agregar, ao célebre tripé de DINAMARCO, um *escopo econômico* do processo, no sentido de que seja apto a realizar seus outros escopos com o menor dispêndio possível de tempo e de recursos (humanos, materiais e financeiros)²⁶³⁷.

Um *processo efetivo* há de ser, portanto, um processo *suficientemente idôneo* para alcançar todos esses escopos; ou, dentre todos eles, notadamente o *escopo jurídico* (= composição *materialmente justa* do litígio²⁶³⁸) e o *escopo social* fundamental (= pacificação social); e, entre um e outro, prevalentemente o *primeiro* (= justa composição da lide), ainda que disso advenham comoções e insatisfação públicas, porque um processo judicial destinado primacialmente ao controle social é ainda um processo de cariz primitivo²⁶³⁹, próprio dos direitos cuneiformes (tópico 7.1) ou germânicos antigos (tópico

STF, ADPF n. 187-DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 15.06.2011 (conferindo interpretação conforme ao artigo 287 do CP — crime de apologia a fato criminoso ou autor de crime — para que não se extraia do preceito qualquer interpretação capaz de impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas).

²⁶³⁷ Essa tem sido uma linha político-judiciária adotada, e.g., pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro, por vezes de modo desproporcional, com a eleição de elencos anuais de “metas” para o Judiciário e a adoção da metodologia “*Balanced Scorecard*” para o respectivo controle (v., *supra*, nota n. 2122). Ademais, discorrendo sobre “escopos econômicos” do processo civil, mas com uma acepção bem mais dilargada — dir-se-ia *macroeconômica*, ligada ao próprio desenvolvimento econômico de um país — e uma matriz liberal com verniz social, v. Nelson Melo de Moraes do Rêgo, “*Do processo civil como fator de desenvolvimento sócio-econômico*”, in *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), 2011, v. 15, n. 21, *passim* (tratando da “importância da segurança jurídica para fomentar o investimento e a eficiência econômica”; e, por ela, o crescimento e a melhoria do bem estar social). O estudo corresponde à sua dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (defendida em 21.06.2007). Cfr. Nelson Melo de Moraes do Rêgo, *Do processo civil como fator de desenvolvimento sócio-econômico*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, 271 p.

²⁶³⁸ Um *escopo*, porém, não perfaz necessariamente um *direito constitucional autônomo e sindicável* — com autonomia — na jurisdição constitucional. V., *infra*, a nota n. 2645.

²⁶³⁹ Como anotou CHIOVENDA, “[n]um ordenamento jurídico, se irrompe contenda entre dois indivíduos acerca da atribuição de um bem da vida, não se admite que os litigantes provejam com suas próprias forças a dirimi-la. Tal acontecia nas origens. Com o tempo, entretanto, até nos povos primitivos o poder público, a que impende assegurar a paz social e eliminar os conflitos que a perturbam, intervém, já simplesmente para regular-lhes as formas exteriores, já para verificar se os bens, a que o promotor do conflito aspira, de fato lhe pertencem. A luta material transforma-se, dessarte, em luta jurídica. Nos processos antigos abundam as formas simbólicas que relembram a luta material e são, como lhes chama SUMNER MAINE, a dramatização das origens do processo judicial”. Já com o advento do Estado moderno (e, diríamos, até mesmo no processo romano mais evoluído), “a função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela” (v. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller, 1998, v. 1, pp.56-57 e 59). Veja-se, porém, que para CHIOVENDA essa “atuação concreta” nada tinha com a

8.1.1), em que noções rudimentares de interesse coletivo e de ordem pública tinham absoluta predominância sobre a ideia de direitos subjetivos individuais. Não se nega que, à vista do próprio princípio da proporcionalidade, haverá ocasiões — e não poucas — nas quais a decisão *política* deverá privilegiar o interesse público ou coletivo em detrimento dos interesses privados; mas essa decisão não é própria dos cadernos processuais, e sim das instâncias legislativas ou mesmo executivas, a não ser quando o próprio *pedido* focar o interesse público ou transindividual (*e.g.*, em demandas judiciais do MP); e, nessa hipótese, a decisão “política” será construída *juridicamente* (i.e., em espaço público dialógico — ou seja, em procedimentos sob contraditório e publicidade — e com fundamentação racional necessariamente derivada da ordem jurídica: fatos, valores e normas²⁶⁴⁰). Dir-se-ia que o modelo de decisão que alvitramos, de *integração vertical*, tem alcance extrassistemático e considera a sinépica das decisões (*supra*, tópico 5.1), o que levaria o juiz a considerar *também* os eventuais desajustes sociais provocados pela sua decisão; é fato. Mas a sinépica não é a única dimensão daquele modelo, de modo que a decisão judicial não pode se bastar *apenas* com a consideração das suas consequências no tecido social. Daí que, em síntese, **o escopo cardeal do processo judicial** — como aliás não poderia deixar de ser — **é mesmo o seu *escopo jurídico*.**

E, como é cediço, esse escopo não se realiza com o *mero* acesso ao sistema judiciário. Não por outra razão, a doutrina espanhola claramente distingue entre o *direito à tutela judicial efetiva* (artigo 24, 1, da CE) — fortemente unido, pelo próprio texto constitucional, à proibição de indefesa — e o *direito de acesso aos órgãos jurisdicionais*, advertindo que aquele primeiro tem sobretudo um conteúdo de criação doutrinal e pretoriana²⁶⁴¹. Não se confundem, pois. O direito a um processo efetivo — *expresso* na Constituição espanhola e a seu modo na portuguesa²⁶⁴², mas *adscrito* na Constituição

determinação ou a criação do direito material (*idem*, p.60), no que discrepa significativamente do que temos sustentado aqui (v., *e.g.*, os tópicos 13.1, 13.3 e 23.1).

²⁶⁴⁰ V. Miguel Reale, *Lições...*, pp.64 e ss.

²⁶⁴¹ Cf., por todos, Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres, *Derecho procesal: Introducción*, 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, pp.418-419.

²⁶⁴² A seu modo porque, ao menos literalmente, essa “efetividade” estaria restrita aos *direitos, liberdades e garantías pessoais* (art. 20º, 5, da CRP), casos em que os procedimentos judiciais devem se caracterizar pela *celeridade* e pela *prioridade*. Na Espanha, ao revés, o direito à tutela jurisdicional efetiva vale para *cualesquier* “*derechos y intereses legítimos*”.

brasileira — desdobra-se em variegados conteúdos que não se reduzem ao simples direito ao processo (ou à jurisdição), muitos dos quais iterativamente reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol (que nos serve de melhor paradigma, à vista dos termos peremptórios em que o direito exsurge assegurado na *CE*). Na dicção de OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ e VEGAS TORRES, aquele direito constitucional em verdade não se constitui em um único direito subjetivo público, mas em um “conjunto de direitos subjetivos, elevados ex Constitutione a um nível superior, o de direitos fundamentais”²⁶⁴³ (adscritos). Vejamos, então, os seus principais desdobramentos:

(a) o direito a uma decisão judicial **de fundo**^{2644, 2645} (ressalvadas, claro, as situações em que a sentença de mérito não seja possível ante a carência de ação ou a falta de pressupostos processuais; mas, ainda assim, restará resguardado o direito à decisão de fundo *em tese*, desde que a demanda seja reapresentada nos termos e condições adequadas) e o consequente *dever judicial de interpretação mais favorável à efetividade do direito constitucional de ação do autor*²⁶⁴⁶;

²⁶⁴³ *Op.cit.*, p.432.

²⁶⁴⁴ V. Oliva Santos *et al.*, *op.cit.*, p.420, reconhecendo a franca *inclinación* do Tribunal Constitucional espanhol por esse entendimento. Anota, porém, a existência de julgados que, ao revés, afirmam bastar *decidir o processo* (e não *a lide*), atendendo-se ao direito à “tutela efetiva” com *qualquer* decisão judicial, mesmo se terminativa, desde que não seja arbitrária ou irracional. Se, porém, pecou pelo acanhamento, o TC também pecou pelo excesso, como se verá na nota a seguir.

²⁶⁴⁵ Em alguns julgados, o TC chegou a ir *bem além desse marco*, reconhecendo o direito constitucional autônomo a uma decisão “*fundada en Derecho*” (i.e., *justa*), legitimando-se então como esfera de revisão geral da justiça de decisões de órgãos jurisdicionais ordinários, sobre matéria jurídica ordinária (i.e., não constitucional), apenas porque a sentença injusta ou errônea seria *contrária* ao direito fundamental à tutela judicial efetiva (e, portanto, violaria o artigo 24, 1, da *CE*). V. a respeito a paradigmática *STC* 155/1989, em que o TC *anulou* uma sentença da *Audiencia Territorial de Valencia*, em matéria de trespasse de locação urbana para o cônjuge supérstite (logo, sem matéria constitucional de fundo), por considerá-la contraditória e irrazoável... Em sentido semelhante, mas acerca de outra matéria infraconstitucional, pronunciou-se a *STC* 7/1994, gerando “*una insólita protesta pública de los Magistrados de la Sala de lo Civil del TS [Tribunal Supremo] [...], con anuncio de acudir al Rey, invocando su alta función arbitral, lo que posteriormente no se llevó a cabo, como tampoco llegó a conocerse el criterio jurídico de los referidos Excmos. Sres. Magistrados respecto de la invasión por el TC de la esfera propia de la jurisdicción ordinaria*” (Oliva Santos *et al.*, *op.cit.*, p.434, nota n. 4). Para a crítica dos autores às “exorbitâncias” do TC no trato da ideia de violação do direito à tutela judicial efetiva, v. Oliva Santos *et al.*, *op.cit.*, pp.435-437. Para jurisprudência contrária a essa possibilidade, no âmbito do próprio Tribunal Constitucional espanhol, v. abaixo a nota n. 2648 (*STC* 80/1990). No Brasil, o STF não tem admitido reclamações baseadas em *violações indiretas ou reflexas* do devido processo legal procedimental (i.e., violações diretas de normas legais de processo e procedimento que, inobservadas, não impliquem ameaça ou agressão a outros direitos fundamentais).

²⁶⁴⁶ V., por todos, Luis Martín Rebollo, *Constitución Española*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2003, p.85 (referindo julgados do Tribunal Constitucional). É certo, afinal, que o reconhecimento desse **direito (condicionado) à decisão de fundo inclina** o juiz-intérprete a sempre conduzir o processo de modo a *pronunciar-se sobre o “meritum causae”*, a não ser que isso de fato não seja possível e os óbices não sejam

(b) o direito a uma decisão **congruente** (i.e., sem omissões de conteúdo em vista do pedido formulado) e **motivada**²⁶⁴⁷;

(c) o direito a um processo de execução efetivo (SSTC 32/1982, 67/1984, 92/1988, 107/1992²⁶⁴⁸), ao qual atribuímos autonomia (*infra*), já como **direito a meios de execução efetivos e adequados**;

contornáveis. É, p.ex., um pendor inteiramente oposto a certas “hermenêuticas de inépcia” que se veem com habitualidade em alguns nichos judiciais. Mesmo nessa seara, cabem juízos de proporcionalidade: “*La decisión judicial sobre el fondo puede negarse, como ya se apuntó, si frente a la pretensión de tal decisión se alza una causa de inadmisión o de rechazo legalmente prevista, que tenga una justificación razonable y constitucionalmente legítima y sea proporcionada con la consecuencia de la inadmisión. Además, la norme sobre la inadmisión ha de ser interpretada y aplicada por los órganos jurisdiccionales de la forma más favorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela*” (Oliva Santos *et al.*, *op.cit.*, p.422 [g.n.]). No Brasil, com igual orientação, v. Bedaque, *Efetividade...*, pp.161-168: “*Aqueles [processos] manifestamente inviáveis, porque inaptos ao fim a que se destinam, devem ser extintos de plano, em atenção ao princípio da economia processual. Só terão prosseguimento os que apresentem condições de alcançar o resultado esperado. [...] Mas também serão evitadas extinções sem a solução da crise material, pois haverá situações em que a ausência do requisito processual, se não detectada no momento próprio, poderá tornar-se irrelevante. [...] Toda a técnica processual destina-se [...] a conferir eficácia ao método. Por isso, se para alcançar o resultado pretendido, sem renúncia à segurança, for necessário abrir mão dela, não se deve hesitar em fazê-lo*” (p.168). Em Portugal, enfim, veja-se o teor do artigo 288º, 3, do CPC (na redação do DL n. 180/96): “*As excepções dilatórias só subsistem enquanto a respectiva falta ou irregularidade não for sanada, nos termos do nº 2 do artigo 265.º; ainda que subsistam, não terá lugar a absolvição da instância quando, determinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da excepção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte*” (g.n.).

²⁶⁴⁷ V., quando à congruência, STC 91/1989 e STC 77/1986 (essa última reconhecendo que a incongruência nas decisões “*ultra vel extra petitum*” só malfere a garantia da tutela judicial efetiva na perspectiva da proibição de indefesa, i.e., se houver pronunciamento “*in peius*” sobre matérias não debatidas nos autos — e, logo, a admitir em tese *inflexões* no princípio da congruência, sem violação jusfundamental, desde que preservado o conteúdo essencial do contraditório); e, quanto à motivação, STC 8/1983 e 150/1988. Quanto às inflexões no princípio da congruência ou adstrição, v. o tópico 27.2.2; quanto ao conteúdo essencial do direito ao contraditório, v. o tópico 26.3 (reconhecendo-se, a propósito, que o *dever de suficiente fundamentação* integra o conteúdo essencial da garantia do contraditório — n. IV, “2” —, o que torna indiscutível a sua jusfundamentalidade adscrita).

²⁶⁴⁸ Neste caso, analisando inclusive a constitucionalidade das imunidades de execução dos Estados estrangeiros (e reconhecendo-a “*a priori*”, ressalvado o desproporcional e o irrazoável). Por outro lado, o Tribunal Constitucional espanhol já entendeu que não há um direito constitucional adscrito à *não execução provisória* de determinada sentença (tratava-se de um julgado laboral), pois as limitações às execuções provisórias decorreriam estritamente do poder de conformação do legislador ordinário, não tendo qualquer assento constitucional (STC 80/1990). Decidiu-se então que “*no es función de este Tribunal revisar la mayor o menor corrección de la fundamentación contenida en las resoluciones judiciales respecto de los preceptos legales que interpreta y aplica; ni tampoco lo es uniformar los criterios interpretativos cuya función corresponde a los Tribunales superiores a través de los recursos previstos en las leyes procesales y, en último término, al Tribunal Supremo de conformidad con lo dispuesto en el art. 123.1 de la Constitución. Lo que ha de revisarse en el amparo constitucional es si de la aplicación o interpretación de una norma legal realizada por los órganos judiciales, resulta la vulneración de un derecho constitucional que, con arreglo al art. 53.2 de la C.E. y 41 de nuestra Ley Orgánica, sea susceptible de este recurso. [...] Así lo comprende, sin duda, la recurrente al decir que en la demanda de amparo no se pretende una interpretación del art. 227, párrafo segundo, de la LPL, sino que el núcleo del recurso consiste en combatir que lo declarado ejecutable por las*

(d) o *direito à tutela judicial cautelar*, observada a razoável conformação legislativa, para a salvaguarda das pretensões materiais em situações de crise²⁶⁴⁹, e que deve ser harmonizado com o próprio *direito à execução efetiva*²⁶⁵⁰; e

(e) o *direito aos recursos legais* — e não ao duplo grau de jurisdição, como já dito (exceto em sede processual penal²⁶⁵¹) —, de modo que “*as normas que estabelecem causas de inadmissão e requisitos ou pressupostos de admissibilidade dos recursos devem ser interpretadas, não tanto no sentido mais favorável à viabilidade do recurso, [...] mas [...] de modo que não seja “manifestamente arbitrário ou irrazoável”*”.

VIII. O direito a um procedimento adequado, por sua vez, importa em que se reconheça que “*a efetividade do processo depende, essencialmente, da construção de procedimentos eficientes assentados em alguns paradigmas extraídos das normas constitucionais vigentes em determinado país*”²⁶⁵² — o que significa dizer, com FIGUEIREDO DIAS, que “*o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento*

resoluciones recurridas, es legalmente inejecutable. El tema se reconduce, pues, a la ejecución contra legem [...]” (g.n.).

²⁶⁴⁹ V., e.g., SSTC 66/1984, 115/1987, 14/1992 e 148/1993. No último, lê-se que “[l]a efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos **reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso [...]**” (g.n.).

²⁶⁵⁰ V. STC 39/1995. In verbis: “*Siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Esto implica, en el caso que nos ocupa, que no es admisible ordenar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del pronunciamiento por el que se declara la responsabilidad civil directa de la Compañía “Victoria Meridional”, hasta la suma de 160.250.000 pesetas, habida cuenta que el Tribunal Supremo carece de competencia, en el marco del procedimiento de constatación de error judicial, para anular un pronunciamiento de carácter exclusivamente pecuniario: la eventual declaración favorable a la Compañía no liberará a ésta de la obligación de hacer frente a la indemnización, sino que únicamente le permitirá dirigirse contra el Estado para obtener reparación del perjuicio que con ello se le ha ocasionado. [...] De lo expuesto se desprende que la decisión de suspensión del Tribunal Supremo ha implicado efectivamente un retraso injustificado y arbitrario en la ejecución de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, vulnerando con ello **el derecho de los demandantes en amparo a exigir que dicha Sentencia se cumpla sin dilaciones indebidas, integrado en los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrados en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la Constitución***” (g.n.).

²⁶⁵¹ V. o artigo 14, 5, do PIDCP, o artigo 2º do Protocolo n. 7 da CEDH e o artigo 8º, 2, “h”, do PSJCR. V. ainda, *supra*, o tópico 16.4.

²⁶⁵² Scarance Fernandes, “*Efetividade...*”, p.575.

histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país”²⁶⁵³. Se é assim, o procedimento, que é a dimensão formal do processo, deve ser compreendido e interpretado de acordo com a diretriz mais relevante do processo civil contemporâneo, que é a da sua *efetividade* (*supra*). Essa premissa é nodal, na medida em que se reconheça que “ [n]em sempre a previsão abstrata feita pelo legislador constitui o meio mais idôneo à consecução dos objetivos do processo” (BEDAQUE²⁶⁵⁴).

Por isso, é papel do juiz valer-se da capacidade de aprendizagem da norma constitucional (na espécie, a “*due process clause*”) e por essa via *adaptar* as normas de procedimento inadequadas para o tipo ou a urgência da pretensão vazada, como inclusive aquelas inadequadas para a sua nova realidade circundante (= âmbito normativo), feitas as ponderações concretas de fins, valores e/ou interesses. Daí um *poder de conformação procedimental* que nalguns sistemas processuais aparecerá “*in expressis verbis*” (e.g., artigo 265º-A do CPC luso) e noutros não; em ambos os casos, porém, tal poder deita raízes em uma norma jusfundamental *adscrita* àquela do devido processo legal (ou do processo equitativo), que assegura ao cidadão o *direito* — e ao juiz o consequente *poder* — de “*ignorar o formalismo sem sentido, isto é, não informado por alguma finalidade*”, de modo que “*eventual erro quando a aspectos técnicos somente se torna relevante se comprometer os objetivos. Se não, deve ser relevado, prevalecendo sempre o escopo do processo*”²⁶⁵⁵.

Técnica e procedimento devem ser adequados aos seus objetivos primeiros, a saber, prover a *segurança do processo* — que não é um valor absoluto —, mas também a *tempestividade* e a *efetividade* da tutela jurisdicional; e os preceitos legais correspondentes sempre desafiam, por consequência, uma *interpretação teleológica* direcionada aos escopos do processo judicial (*supra*). As inflexões decorrentes dessa visão manifestam-se por meio de diversos fenômenos processuais ligados ao procedimento, como por exemplo:

²⁶⁵³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, v. 1, pp.68-69.

²⁶⁵⁴ *Efetividade...*, p.568.

²⁶⁵⁵ *Idem*, pp.568-569. Mais adiante, à p.572: “*Observadas determinadas premissas, está o juiz autorizado a flexibilizar a técnica processual*”.

(i) a *fungibilidade de meios*, que pode se manifestar sob autorização legislativa (e.g., artigo 273, §7º, do CPC brasileiro) ou mesmo independentemente de previsão legal expressa (e.g., exceção de incompetência relativa arguida em peça própria ou na própria contestação, suspensão da eficácia da sentença recorrível por pedido na própria petição de recurso ou por ação autônoma, ação declaratória ou embargos à execução para o executado que não tem bens a oferecer à penhora, reconvenção ou pedido contraposto em rito sumaríssimo trabalhista etc.²⁶⁵⁶);

(ii) a *inoponibilidade da preclusão consumativa à regularização dos atos processuais* (inclusive em sede recursal), especialmente quando necessária à obtenção do julgamento de mérito²⁶⁵⁷; e

(iii) a *escusabilidade* da inobservância das técnicas da correlação entre a demanda e a sentença (*supra*, tópico 27.2.2), da eventualidade da demanda e da preclusão²⁶⁵⁸;

(iv) a *flexibilização* de prazos procedimentais.

Quanto a esse derradeiro fenômeno, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO teve ocasião de sustentar, em parecer civil, a

“necessidade de se proporcionar ao juiz, nessa como em tantas outras matérias, flexibilidade suficiente para garantir que o sistema legal do processo funcione como um meio onde assegurar a boa marcha do expediente judicial, e não um fator de entorpecimento de sua evolução para o objetivo maior da realização do Direito material. **A natureza peremptória dos prazos a que se atribui essa qualificação não há de ser tomada como**

²⁶⁵⁶ São todos exemplos apropriados para o cenário legal brasileiro, em maioria citados por BEDAQUE (*idem*, pp.116-124). Nos pares fungíveis formados, a primeira opção expressa sempre a solução mais técnica do ponto de vista da legislação em vigor; nada obstante, pode-se perfeitamente dar tratos à pretensão vazada da segunda forma.

²⁶⁵⁷ Bedaque, *Efetividade...*, pp.124-131 e p.572. À p.130, adverte ser “necessário verificar se a amplitude conferida ao instituto da preclusão, muitas vezes utilizado com exagero e sem qualquer amparo legal, não conflita com as garantias do devido processo constitucional. [...] Manifestação clara do exagero e da má utilização do instituto da preclusão encontra-se na orientação — hoje vencida, mas que chegou a ter adeptos — da intempestividade de defesa encaminhada por equívoco a outro órgão jurisdicional, erro passível de correção ex officio”. Admite-se, na compreensão de BEDAQUE, que o recorrente inclusive complemente as suas razões, de modo a torná-las mais claras, se o fizer dentro do seu prazo recursal (mesmo se após a apresentação de primeiras razões).

²⁶⁵⁸ Bedaque, *Efetividade...*, pp.131-143 e p.572.

valor matemático inexorável, apto a tolher o juiz em sua função de ajustamento da lei — inclusive a processual — às particularidades de cada caso concreto²⁶⁵⁹.

Tratava-se de hipótese em que certo conglomerado bancário queixava-se da exiguidade do prazo da lei processual civil para responder às ações de prestação de contas (artigo 915 do CPC — cinco dias), movidas por correntistas em volume crescente, às raias da massificação, desde que o Superior Tribunal de Justiça pacificara a sua admissibilidade (Súmula n. 259), mesmo nos casos em que extratos haviam sido fornecidos periodicamente pelo banco. Estimavam-se à altura nove mil processos pendentes, alguns de correntistas com cerca de vinte anos de casa, exigindo-se em média a apresentação de trezentos e cinquenta documentos para cada correntista; e muitos clientes e ex-clientes estariam contando com essas dificuldades para obter revelias ou revisões de contratos. Esgrimindo com a hipótese excepcional dos parágrafos do artigo 183 do CPC — justa causa para a não realização de certo ato processual — e “atualizando-lhe” o sentido e o alcance, o docente titular da UFRGS concluiu que

“[t]rata-se de adequar os termos à finalidade para as quais foram instituídos, a saber, a de permitir e não a de impedir a prática dos atos do processo. Em se tratando, como ficou exposto, de prazo sumamente exíguo, quaisquer que sejam as particularidades da causa, ele se torna proibitivo da realização do ato processual — levantamento, elaboração, documentação e apresentação das contas — quando a essa exiguidade se somam outros dados complicadores, tais como a grande quantidade de documentos necessários, a enorme multiplicidade de demandas da mesma natureza que se acumularam e a variedade dos dados a serem levantados. [...] Esse conjunto de fatores, como também ficou ponderado, bastaria para configurar a situação de justa causa para a dilatação pura e simples, sob a égide do art. 183 e seus parágrafos do CPC. Mas o que a Consultante quer é menos do que isso: é o desdobrar desse prazo em dois: o fixado em lei, para a apresentação das contas, ainda desacompanhada dos documentos pertinentes, e o **prorrogado, submisso ao prudente critério judicial**, para a complementação do ato mediante juntada dos documentos que efetivamente interessem ao deslinde da controvérsia”²⁶⁶⁰.

²⁶⁵⁹ Adroaldo Furtado Fabrício, “*Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos: Ação de prestação de contas*”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p.421 (g.n.).

²⁶⁶⁰ *Idem*, pp.441-442.

Conquanto o parecerista tenha evitado referências constitucionais, articulou argumentos alicerçados na ponderação concreta das circunstâncias de fato e na teleologia dos prazos legais, culminando com o reconhecimento de um poder judicial de adequação procedimental. Nesse caso, como em qualquer outro, valem aqueles limites já apontados: as inflexões formais devem ser procedidas com a devida justificação jusfundamental, a ponderar “*in concreto*” os elementos da proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito) — incluindo, se o caso, a questão da atipicidade irrelevante —, a considerar “*in abstracto*” a utilidade da forma (jogando com a capacidade de aprendizagem das normas de procedimento) e a sempre resguardar os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais contrapostos.

IX. O direito ao contraditório eficaz supõe um contraditório que — seja prévio ou diferido, seja certo ou eventual — atenda ao desiderato maior de estabelecer alguma dialética (= oportunidade formal de contraditório mínimo), subministrando informação suficiente às partes e oportunidade de influir na decisão; mais além, no plano processual penal, supõe o caráter inflexivelmente acusatório e contraditório (abolindo-se os procedimentos inquisitoriais) e o inalienável direito à defesa técnico-jurídica. Indagar-se-ia, então, se o “direito ao contraditório eficaz” não é nada mais que o conteúdo essencial do direito à ampla defesa e ao contraditório (*supra*, tópico 26.3, n. IV); e, se é assim, porque haveria de ser elencado entre os direitos processuais constitucionalmente adscritos: o contraditório afinal não é uma garantia constitucional *diretamente estabelecida* nos textos constitucionais (*e.g.*, artigo 5º, LV, da CRFB, e artigo 32º, 1 e 5, da CRP)?

Nesses termos, não. O direito ao contraditório que vislumbramos, neste caso, é o direito fundamental a um contraditório **eficaz**; e, logo, o direito de ver *inflatas as formas legais do processo-procedimento*, a despeito da lei formal (e, portanto, de um sentido tacanho e restrito de devido processo formal), se *concretamente* essas formas impedirem a realização daqueles conteúdos mínimos. Aqui não se trata, pois, de hipóteses de inconstitucionalidade “*in tese*” (i.e., de atos legais ou normativos que abstratamente violam a garantia do contraditório ou da ampla defesa). Trata-se, sim, do *direito à inflexão formal das formas gerais para a mínima eficácia contraditória do processo judicial*, a se aferir

concretamente, pelo juiz, à vista das circunstâncias que condicionam a aplicação do texto normativo. Vejamos.

Não raro, as formas procedimentais devem ser infletidas para *possibilitar o contraditório eficaz*, revelando a jusfundamentalidade desse direito adscrito (e, portanto, a sua aptidão para balizar juízos concretos de proporcionalidade e para determinar metalimites dialógicos de direitos fundamentais correlatos, como o ladaioso “direito à segurança jurídica”). No Brasil, exemplo eloquente dessa necessidade se encontra na casuística relacionada ao recurso de *embargos à declaração*²⁶⁶¹. Tanto no regime processual civil (artigo 535 do CPC²⁶⁶²) como no regime processual laboral (artigo 897-A da CLT²⁶⁶³), não há qualquer previsão legal de contrarrazões do embargado: ao instar o juiz ou tribunal a *declarar* sua decisão, sanando contradição, omissão ou obscuridade, o embargante determinaria uma providência judicial (a *resposta* ao recurso, conhecendo-o ou não e, em o conhecendo, provendo-o ou não) para cuja formatação o recorrido não poderia agregar qualquer contribuição, na perspectiva legal-abstrata — amiúde veraz — de que dessa providência não poderá advir quaisquer prejuízos sensíveis a ele, recorrido. No entanto, há hipóteses em que os embargos declaratórios detêm a chamada *eficácia infringente*, ensejando verdadeira revisão dos conteúdos atributivos da sentença, e no

²⁶⁶¹ Anteriormente à Lei n. 8.950/1994, havia dúvidas na doutrina quanto à natureza dos embargos de declaração. Para alguns, “[p]orque não visam a alternar a substância do julgado, nem inverter sucumbências, [...] não são recurso. Constituiriam meio de correção e integração da sentença, não meio de impugnação da idéia que ela exprime. Segundo outros eles se caracterizam como recurso porque seria impossível uma linha distintiva muito nítida entre a idéia da sentença e sua fórmula” (Dinamarco, *A Reforma...*, pp.182-183). Ocorre que, antes de 1994, o CPC só os incluía no rol dos recursos quando opostos a *acórdãos* (i.e., a decisões judiciais colegiadas de segundo grau). Com a Lei n. 8.950/1994, porém, passaram a constar do rol geral de recursos (artigo 496, IV), de modo que, ao menos do ponto de vista do direito positivo brasileiro, já não há mais questionamentos.

²⁶⁶² *In verbis*: “**Art. 535.** Cabem embargos de declaração quando: **I** - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; **II** - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”. Essa é a redação dada pela Lei n. 8.950/1994, que eliminou o cabimento dos embargos declaratórios em caso de “dúvida”.

²⁶⁶³ *In verbis*: “**Art. 897-A.** Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso” (redação da Lei n. 9.957/2000). Veja-se que, no processo laboral, prevê-se o uso dos declaratórios para sanar manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos de qualquer recurso (cabimento, preparo etc.) — o que perfaz, a rigor, uma sua eficácia legal *infringente* (porque, se acolhidos, o recurso originário será conhecido, com prejuízo processual para o recorrido, como veremos logo adiante) —; e não se refere, ao revés, à hipótese da “obscuridade”. Na prática, porém, os tribunais do trabalho episodicamente admitem os declaratórios também nas sentenças “obscuras”.

próprio juízo “*a quo*”. Imagine-se, por exemplo, que a defesa tenha arguido prescrição e, ao tempo da sentença, o juiz inadvertidamente se esqueça de examinar a preliminar de mérito, prolatando sentença condenatória; se, à vista da omissão, o réu interpusse embargos de declaração e o juiz os acolher, reconhecendo a sua omissão e identificando a seguir o transcurso do prazo prescricional, não restará ao magistrado alternativa, se não a de rever o conteúdo condenatório do “*decisum*” e afastar a pretensão, extinguindo o processo com resolução de mérito (artigo 269, IV, do CPC) e invertendo a sucumbência. Haverá de fazê-lo, porém, sem antes ouvir o “*ex adverso*”?

Nos estritos lindes do código de rito, sim. Segundo a melhor doutrina, não. Na justa asserção de DINAMARCO²⁶⁶⁴,

“[o] Código continua omitindo qualquer disposição sobre o contraditório nos embargos de declaração. Tradicionalmente eles são processados sem oportunidade de resposta pelo embargado, até porque se consideram, pela lei e pela tradicional definição, destinados a mero aperfeiçoamento na forma de expressão do julgado, sem a menor possibilidade de alterar-lhes o conteúdo: só seriam recebidos, mesmo, para dirimir obscuridades, contradições ou lacunas. Neles, ‘*não se pede que se redecida, pede-se que se reexprima*’ (Pontes de Miranda). [...] Mas a realidade não é bem assim. Primeiro porque [...] é sempre muito difícil dizer se uma simples retificação na *fórmula* do julgado não viria a afetar a *idéia* inicial, acabando por impor ao embargado uma decisão menos favorável do que antes, ou mais desfavorável. Depois porque, como é notório, paulatinamente os embargos de declaração vão desbordando daquela sua configuração clássica e assumindo a condição de verdadeiro recurso, excepcionalmente aceito com o objetivo de corrigir certos *erros* da sentença ou acórdão. São os chamados *embargos declaratórios com caráter infringente*, com os quais a jurisprudência admite, p.ex., corrigir decisões de não-conhecimento de recurso ou repor em julgamento feitos julgados sem inclusão em pauta *etc.* A modificação do julgado, em casos assim, é absolutamente ilegítima quando feita sem a parte embargada em contraditório. Ainda que nada disponha a lei a respeito, a observância do contraditório nesses casos é de rigor constitucional e viola a garantia do contraditório o julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado”.

²⁶⁶⁴ A Reforma..., p.186 (g.n.).

Daí que, mesmo na jurisprudência do STF, admitem-se os embargos declaratórios de efeitos infringentes, embora excepcionalmente²⁶⁶⁵. E, sob tal hipótese, já se assentou, tanto no âmbito do próprio STF²⁶⁶⁶ como também no STJ²⁶⁶⁷, que a abertura do contraditório é imperiosa, apesar do silêncio da lei processual²⁶⁶⁸.

A inflexão justifica-se, nesses casos, pela dimensão objetivo-subjetiva do direito fundamental adscrito a um contraditório *efetivo*, a despeito das formas legais. Assim, no que diz respeito à cláusula constitucional do contraditório, duas situações são possíveis. Se o procedimento legal-formal não é abstratamente idôneo para assegurar o mínimo contraditório, o legislador atuou fora da esfera de sua livre conformação — vez que tisonou a “*Wesenskern*” do direito ao contraditório e à ampla defesa — e a norma é inconstitucional “*tout court*”. Se, ao revés, o procedimento é hígido em consideração geral e abstrata, mas concretamente revela uma disfuncionalidade que aborta a mínima dialética processual (como se dá nos embargos declaratórios com efeitos infringentes ou modificativos), a sua inflexão deve ser operada casuisticamente, pela mão do juiz, para se conferir *efetividade* àquela garantia constitucional.

²⁶⁶⁵ V., e.g., STF, REX-AgR-ED n. 198131/SP, 2ª T., rel. Min. ELLEN GRACIE, j.21.03.2006. *In verbis*: “os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais” (g.n.).

²⁶⁶⁶ STF, HC n. 74735/PR, 2ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO MELLO, j. 10.03.1997, in DJU 16.05.1997, p.19951. *In verbis*: “CONTRADITÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões. A inobservância dessa formalidade, porque essencial à valia do julgamento, implica transgressão à garantia constitucional do contraditório e assim, ato de constrangimento passível de ser fulminado na via do habeas-corpus” (g.n.). Tudo isso, insista-se, sem que a lei processual civil o diga.

²⁶⁶⁷ V., e.g., STJ, REsp n. 491311/MG, Proc. n. 2003/0004984-0, 1ª T., rel. Min. JOSÉ DELGADO, in DJU 09.06.2003, p. 189.

²⁶⁶⁸ Em sentido contrário, porém, v. TRF-4ª Reg., ED-Ag n. 2001.04.01.089766-9, 4ª T., rel. AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, in DJU 24.11.2004). *In verbis*: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SEUS LEGAIS PRESSUPOSTOS. REJEIÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES A RECURSO ACLARATÓRIO ANTERIOR. NÃO-OFENSA AO CONTRADITÓRIO. A concessão de efeitos infringentes a embargos de declaração não ofende ao princípio do contraditório e da ampla defesa, desnecessária a intimação da parte contrária em momento anterior ao julgamento. Diligência que a lei processual regente não indica, tampouco a jurisprudência pátria é uníssona no sentido” (g.n.). Nada obstante, entendimentos como esse, mais apegados à literalidade do rito, tem se tornado minoritários no Brasil, como se observa nas duas notas anteriores, ambas referindo julgados de tribunais superiores.

X. O direito à jurisdição corretiva e transformadora diz com a própria finalidade da jurisdição como função estatal, mas compreendida sob as balizas axiológicas que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito em sua concepção hodierna: a cidadania (v., e.g., artigo 1º, II, da CRFB), a dignidade da pessoa humana (v., e.g., artigo 1º, III, da CRFB), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (v., e.g., artigo 1º, IV, da CRFB), o pluralismo (v., e.g., artigos 1º, V, da CRFB e 2º da CRP), o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (v., e.g., artigo 2º da CRP) e o escopo de realização de uma democracia econômica, social e cultural (v., e.g., artigo 2º da CRP), além da própria interdependência harmônica entre os Poderes do Estado (v., e.g., artigos 2º da CRFB e 2º da CRP), mas compreendida em sua acepção mais dinâmica e criativa, como *tripartição integrada* ou *interagente*²⁶⁶⁹ (v., *supra*, tópico 13.2). Foi nessa precisa direção que CAPPELLETTI²⁶⁷⁰ ponderou não serem os juízes aqueles “seres inanimados” descritos por MONTESQUIEU, mas, ao contrário, homens e mulheres de carne, ossos e psiquê, que não prolatam decisões por iluminação ou mera autoevidência, mas antes fazem escolhas “*com base em opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide [...] um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade*”, sendo, nessa exata medida, *autores* e *coautores* de sua própria realidade (v., *supra*, nota n. 241). Nesse encalço,

“um bom Juiz será, propriamente, aquele que se demonstre consciente, a um só tempo, dos limites e das intrínsecas fraquezas mas, ainda, da única força da criação judiciária do Direito, força esta que consiste, sobretudo, [...] na conexão com os casos e problema concretos e com as partes que os personificam; e, pois, no caráter participativo da função jurisdicional [...]. O bom juiz, assim consciente dos limites, mas também das potencialidades da sua função, será sensível às circunstâncias que lhe permitam conciliar um prudente

²⁶⁶⁹ Tanto aqui como no tópico 13.2 cogitamos sempre da divisão mais *usual* dos poderes da República (ou do Estado), a partir do legado teórico de MONTESQUIEU. A ideia se estende, entretanto, aos países que adotam organizações políticas ligeiramente diversas, mas ainda assim afinadas com a recíproca limitação e complementaridade entre os poderes (“*checks and balances*” dinâmico). No caso português, pensando-se em *poderes* (perspectiva *funcional*), dir-se-á também de uma *tripartição* (e.g., J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p.544); mas, numa perspectiva mais *orgânica*, à vista da autonomia de *quatro* órgãos de soberania, poder-se-á também dizer de uma *quadripartição* integrada ou interagente, *ut* artigos 110º, 1, e 111º da CRP (cf., e.g., Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, pp.63-64; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp.575-605).

²⁶⁷⁰ Mauro Cappelletti, *Processo...*, p.15.

restraint em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos”²⁶⁷¹.

Nessa linha de argumentação, passa-se a reconhecer, como *direito processual adscrito* do cidadão, o de ter a sua causa julgada por um juiz concretamente *conectado* com a realidade “*sub judice*”, capaz de suplantar uma ótica puramente normativista para considerar os dados sensíveis extrassistemáticos e, desse modo, **corrigir** situações pontuais que eventualmente não possam ser razoavelmente reconduzidas aos valores constitucionais primeiros do Estado Democrático e Social de Direito²⁶⁷², ainda quando amparadas em lei formal (= controles concentrado e/ou difuso de constitucionalidade). E, para mais, em um plano mais complexo, o cidadão tem direito a uma função jurisdicional que concorra para a própria **transformação** das estruturas sociais desconformes àquela pletora axiológica, observados em todo caso os limites sistêmicos da sua intervenção construtiva (*supra*, §23º). A “lei” nem sempre o fará; e, como advertiu MIAILLE, a *fetichização* da lei sempre prejudica uma compreensão mais completa do Direito: “[q]uerer a todo o preço defender a lei pode ser, a curto prazo, interessante, mas corre-se o risco de esquecer que em qualquer caso, e seja qual for o interesse que essa técnica represente, a lei nunca representa actualmente mais do que um aperfeiçoamento do direito burguês”²⁶⁷³, em geral tendente à preservação do “*status quo*” (e não à sua equalização).

Em outras palavras, deve-se reconhecer que o Direito — seja como sistema objetivo, seja como ciência — não desempenha uma missão social revolucionária; e sequer poderia tê-la, a não ser em uma leitura radical e equivocadamente marxista. Nada obstante, deve desempenhar um papel *reformador*, quando as estruturas sociais concretas já não atenderem razoavelmente aos princípios constitucionais maiores que cristalizam os grandes

²⁶⁷¹ *Idem*, pp.19-20. Em sentido semelhante, na França, ver Guinchard, Ferrand, *op.cit.*, pp.95-96. E, para o caso alemão (especificamente quanto à evolução do modelo de jurisdição), v. Gerhard Walter, “*Cinquanta anni...*”, pp.37 e ss.

²⁶⁷² Ou, na expressão constitucional portuguesa, simplesmente “Estado de Direito Democrático”, que afinal “*não envolve algo de contraposto ou de radicalmente diverso da expressão, mais corrente na doutrina, ‘Estado social de Direito’. Se foi escolhida, foi porque a expressão ‘Estado social’ tinha recebido certas conotações antes de 25 de Abril de 1974 e porque o legislador constitucional quis realçar a conexão com a democracia e, em primeiro lugar, com a democracia política [...]*” (Miranda, Medeiros, *Constituição...*, t. I, p.61).

²⁶⁷³ Cf. Michel Mialle, *Introdução Crítica ao Direito*, trad. Ana Prata, 3ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 2005, pp.220-221.

valores da vida social organizada. De outro turno, considerando-se as limitações políticas e pragmáticas que amiúde se abatem sobre os poderes executivo e legiferante, esse papel não raro deverá ser materializado, nos litígios concretos (individuais e sobretudo coletivos), pelos *tribunais judiciais*, no exercício de suas funções jurisdicionais. Eis a “jurisdição transformadora”, amiúde designada — não sem forte apelo pejorativo — com a expressão “ativismo judicial” (v., *supra*, tópico 13.2, n. II, tópico 13.3 e notas n. 1170 e 1171).

Essa dimensão criativa — agora especialmente acolhida em suas potencialidades *corretivas* e *transformadoras* — é inerente, ademais, à própria estrutura *contraditória* que o Direito positivo assume na pós-modernidade (*supra*, tópico 11.3). Afinal,

“[a] contradição das orientações ao mesmo tempo necessárias e estruturalmente consolidadas cresceu em tal medida que o sistema social tende a uma situação na qual tudo é possível e nada mais é realizável — ou seja, uma situação onde qualquer inovação é legível, mas no caminho da realização mais cedo ou mais tarde se atrita com posições opostas igualmente justificadas. O problema de um tal sistema social não pode mais ser caracterizado através de uma contradição entre preservação e inovação, nem conduzido politicamente através de um conflito correspondente. Quem só pensa conservadoramente procederá de forma demasiadamente revolucionária, pois ele terá que determinar seletivamente o que deve ser preservado; de forma igualmente unilateral o revolucionário conservará os valores de um tempo passado que ainda não foram alcançados. O problema consiste na *intermediação de inovações unilaterais necessárias com a situação não estática, mas dinâmica, do sistema, através de categorias suficientemente abstratas, capazes de estabelecer sentidos a longo prazo*”²⁶⁷⁴.

Em uma visão propositadamente normativista (agora no desiderato de recortar a superabrangente análise luhmanniana), afirmamos que os *princípios* ocupam essa lacuna categorial, ao menos em parte. Porque não podem ser integralmente apreendidos sem incorporar no seu marco semântico os elementos extrassistemáticos (e, portanto, a dinâmica do sistema social), seus sentidos não sempre construídos senão a longo prazo, em espaços dialógicos os mais diversos — e, entre eles, o próprio *processo judicial*, como já apontamos (tópico 11.3, n. I). Nessa linha de entendimento, o papel “transformador” da jurisdição não

²⁶⁷⁴ Cf. Niklas Luhmann, *Sociologia do Direito II*, pp.120-125 (especialmente p.123).

consegue ir além do que LUHMANN designou como “*mudança social controlável*” (= “*steuerbaren sozialen Wandels*”); e, logo, nada pode ter de realmente “revolucionário”. Insista-se, então, ainda uma vez: não é disso que se trata, absolutamente.

O direito à jurisdição corretiva e transformadora correlaciona-se, ademais, com a própria necessidade de *diversificar a natureza dos provimentos jurisdicionais disponíveis*, de modo a atender mais adequadamente às demandas da pós-modernidade (*supra*, §23º), que diferenciam direitos substantivos (vejam-se, *e.g.*, as recentes teorias em torno dos “danos existenciais”²⁶⁷⁵, e dos “danos sociais”²⁶⁷⁶, ao lado dos danos materiais, dos danos morais e dos danos estéticos) e coletivizam interesses (assim, *e.g.*, na seara consumerista e ambiental). Dele decorre, portanto, uma tendencial opção teórico-prática pela chamada *classificação quinária* das ações — senão pela *abolição* das classificações de tipo monolítico —, como bem anotado por GUIMARÃES RIBEIRO em sua tese doutoral:

“[a] busca de resultados eficazes do processo, capaz de atender satisfatoriamente aos novos direitos (surgidos da contratação pela *internet*, da proteção do meio ambiente etc.) e às novas exigências de um Estado Social de Direito, não encontra resposta na tradicional classificação tripartida das pretensões (declaratória, constitutiva e condenatória) com seu clássico postulado cognição-execução. A solução adequada para essas novas exigências encontra-se na *classificação quinária*, já que **a aparição desses novos direitos exige, em contrapartida, o nascimento de novas formas de tutela jurisdicional, sob pena de obstruir o desenvolvimento da sociedade.** [...] A *classificação quinária*, preocupada com a efetividade do processo, descobre nas pretensões executivas e nas mandamentais, juntamente às meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, os instrumentos adequados para levar a

²⁶⁷⁵ No Brasil, veja-se, por todos, Flaviana Rampazzo Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 44-47. Para a autora, “[o] dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc.”. Doutrinadores há que também tratam, em sentido similar ou divergente, do *dano ao projeto de vida* ou à *capacidade de autorrealização*.

²⁶⁷⁶ No Brasil, veja-se, por todos, Antonio Junqueira de Azevedo, “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, in *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*, José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, Renato Afonso Gonçalves (coord.), Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 370 e ss.. Para o autor, “os danos sociais [...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral — principalmente a respeito da segurança — quanto por diminuição na qualidade de vida” (p.376).

cabo a realização imediata de determinados direitos, independentemente de um novo processo de execução. Desse modo, **a proteção dos direitos está assegurada tanto em nível repressivo como preventivo**. Sua finalidade é, em definitivo, a busca de um processo *rápido e eficaz*: *rápido*, que permita em certos casos uma execução imediata, e *eficaz*, que assegure adequadamente os direitos de forma preventiva ou repressiva”²⁶⁷⁷.

Essa diversificação de tutelas, que conspira para a formação de um caleidoscópio instrumental sempre mais propício para a atividade jurisdicional criativa, revela-se tanto mais adequada quanto mais nos aproximemos das litigiosidade associada à tutela de direitos humanos fundamentais. Nesses casos, com efeito, já não estão em jogo relações jurídicas explicáveis pelo binômio sujeito-objeto (como são em geral as relações jurídicas obrigacionais ou reais, próprias do tráfico jurídico liberal-moderno, que basearam a estrutura do processo judicial pensado a partir dos oitocentos), mas relações jurídicas que se exprimem como *predicados* (ou “propriedades”) *da pessoa* ou *da coletividade*, i.e., posições jurídicas que ontologicamente *constituem o seu ser concreto* (como a vida, a saúde, as liberdades, a honra, o equilíbrio ambiental, a moralidade administrativa etc.)²⁶⁷⁸. Nessas demandas judiciais, o bem da vida pretendido *transcende* o modelo jurídico liberal clássico do “ter/possuir”, exigindo por isso um tipo de jurisdição muito mais dúctil, interventiva e eficaz.

XI. O direito à coisa julgada constitucional já foi examinado, como problema de inflexão do devido processo formal, no §32º. Como lá observáramos, a exemplo dos demais direitos, garantias e liberdades fundamentais, a coisa julgada não pode ser uma garantia absoluta. Ao revés, há classes de impossibilidades que não se sanam sequer sob o manto da coisa julgada: as impossibilidades cognoscitivas (das sentenças ininteligíveis), as impossibilidades lógicas (das sentenças naturalisticamente inexecutáveis) e as

²⁶⁷⁷ Darci Guimarães Ribeiro, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2004, p.209 (g.n.).

²⁶⁷⁸ V. Alexy, *Theorie...*, pp.195-196 e p.177, nota n. 62 (citando JELLINEK): “*Allein Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre u.s.w. sind nicht Objekte, die der Mensch hat, sondern Eigenschaften, die sein konkretes Wesen ausmachen*”. Na passagem, JELLINEK naturalmente se ateu aos predicados da *pessoa* (sem cogitar daqueles inerentes à coletividade).

impossibilidades jurídicas (das sentenças juridicamente inexecutáveis)²⁶⁷⁹. Às últimas, agregamos o grupo das sentenças *inconstitucionais*. E dissemos, mais, que a jurisprudência do STF sinaliza claramente para a possibilidade de inflexão judicial da coisa julgada material, mediante juízos concretos de proporcionalidade que considerem as circunstâncias fáticas e os interesses materiais subjacentes a cada litígio, *inclusive para questões de fato* (e.g., indenizações expropriatórias e declarações de parentesco sanguíneo); e, portanto, para além das situações já reguladas pelo legislador brasileiro (artigos 475-L, §1º, e 741, par. único, do CPC, e artigo 884, §5º, da CLT). De todo modo, considerando-se — como consideramos — que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito (§14º), a questão da relativização da coisa julgada reconduzirá sempre à discussão constitucional.

Nesse diapasão, da convergência entre os dispositivos dos incisos XXXVI e LIV do artigo 5º da CRFB e do próprio princípio da supremacia da Constituição pode-se extrair uma norma constitucional adscrita, pela qual a imutabilidade da coisa julgada material (inclusive a soberana) condiciona-se à *constitucionalidade* de seus conteúdos. Daí enunciarmos o **direito à coisa julgada constitucional** (e o correlato **direito a repelir processualmente a coisa julgada inconstitucional**). Afinal, volvendo a DINAMARCO, a irrecorribilidade da sentença — que se deve basicamente a conjunturas formais, como o esgotamento acrítico de prazos ou de vias de impugnação — não pode ter o condão de apagar a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais social e/ou politicamente ilegítimos²⁶⁸⁰. Como registramos *supra*, a imutabilidade dos julgados existe em função do sistema constitucional, para compô-lo e sustentá-lo; não o contrário. Assim, na tensão entre a segurança jurídica e o acesso à ordem jurídica justa — para que, na expressão de DINAMARCO, não se perenizem julgados “aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade” —, a autoridade do caso julgado poderá *excepcionalmente* ceder à necessidade de acomodação da sentença trânsita às balizas da Constituição, quando aquela perenização, malferindo direitos fundamentais ou interesses sociais relevantes, assim o fizer em circunstâncias nas quais o sacrifício desses direitos e interesses em prol da segurança

²⁶⁷⁹ Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória...*, § 18.

²⁶⁸⁰ Dinamarco, “*Relativizar a coisa julgada material*”, pp.77-78.

jurídica não se justifique proporcionalmente. E, para tanto, o juiz deverá sempre articular, no caso concreto, os princípios da moralidade, da legalidade e da realidade (DELGADO²⁶⁸¹), tendo à vista três estremaduras: a **extraordinariedade** da relativização do caso julgado (“*in dubio pro iudicato*”), os **metalimites imanes** (= **conteúdo essencial da garantia da imutabilidade da coisa julgada**) e a **coerência sistêmica** (da relativização podem dimanar efeitos externos, no campo cível e/ou criminal, que devem ser considerados; e, se tidos por insuportáveis, então estarão a sinalizar que, na ponderação concreta, ainda deve prevalecer o imperativo da segurança jurídica).

Logo, o problema é mesmo de ponderação concreta. Nesse sentido é que não se pode acatar a tese de THEREZA ALVIM²⁶⁸² quanto à *inexistência da coisa julgada* nas hipóteses de conteúdo inconstitucional. Opondo-se à tradicional leitura que a doutrina reserva à coisa julgada (quanto à tensão certeza/segurança vs. justiça/legitimidade), ALVIM propõe que o problema da relativização da coisa julgada seja deslocado para as primícias da relação processual, no imo das *condições de ação*, pois “[c]asos já em que, mesmo faltante condição da ação, inadvertidamente é decidido o pedido. Em ocorrendo essa situação, teremos simplesmente uma aparente decisão judicial, que, por isso mesmo, nunca poderá vir a ser revestida pela autoridade da coisa julgada material”. Assim se daria nos casos de coisa julgada inconstitucional: a rigor, *não haveria coisa julgada*, porque nem mesmo haveria sentença de mérito válida: se o pedido violava um princípio constitucional, o autor carecia de ação, por não haver nem um interesse legítimo, nem tampouco a possibilidade jurídica do pedido²⁶⁸³. Afastar-se-ia uma *aparente* coisa julgada material, nada mais que isso (e, dessarte, não se trataria propriamente de relativizar a coisa julgada, mas de “desmascarar” a falsa coisa julgada: a natureza da decisão a afastar a coisa julgada seria meramente *cognitiva*, não desconstitutiva)²⁶⁸⁴.

²⁶⁸¹ “Pontos Polêmicos...”, pp.21-40.

²⁶⁸² Thereza Alvim, “O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, par. único, e 475-L, do CPC): hipótese de ‘flexibilização’ ou inexistência da coisa julgada?”, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp.399-406.

²⁶⁸³ *Idem*, pp.404-406.

²⁶⁸⁴ Na dicção da autora, “[é] mais fácil para nós aceitar que a decisão imoral, ilegal, contra princípios constitucionais, ou contra a Constituição seja despida de valor jurídico, tendo em vista os mecanismos dados pelo próprio sistema, do que relativizar a coisa julgada, pura e simplesmente, e isso porque se entendêssemos

Ocorre, porém, que a hipótese de ALVIM desconsidera o espectro de possibilidades que a hipótese suscita e, de resto, não se harmoniza com a *teoria da asserção*²⁶⁸⁵ (que perfilhamos). Pela teoria da asserção, a carência de ação só poderia ser declarada se *os pedidos fossem flagrantemente inconstitucionais, já na forma como deduzidos pela petição inicial* (assim, *e.g.*, se o autor pedisse ao juiz, “*ab initio*”, que o réu fosse, pelas suas dívidas acumuladas, reduzido à condição de escravo). Nas inconstitucionalidades “*prima facie*”, portanto, poder-se-ia de fato cogitar da *inexistência* da coisa julgada, por inválida a própria sentença de mérito; e, nesse caso, a sua desconsideração ulterior sequer poderia ser considerada uma inflexão do devido processo formal. Ao mais das vezes, porém, as situações albergadas sob o pálio da relativização da coisa julgada não permitiram, na origem, divisar inconstitucionalidades “*prima facie*”. Não raro, as inconstitucionalidades só poderiam ser declaradas “*ex post*”, porque derivam de novos entendimentos perfilhados pelas cortes constitucionais em controle concentrado de constitucionalidade (veja-se, *e.g.*, a hipótese do artigo 884, §5º, “*in fine*”, da CLT: “interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal”). Em tais contextos, a disfuncionalidade já não se explica como vício de condição da ação; explica-se, mesmo, como conteúdo sentencial de direito (= mérito) materialmente injusto. A desconsideração da coisa julgada será então uma indiscutível *relativização*; e, portanto, tratar-se-á desenganadamente de uma *inflexão* do processo formal, baseada em argumentação jusfundamental. Eis o direito fundamental à coisa julgada constitucional dimanando seus efeitos.

XII. Por fim, o **direito a meios de execução efetivos e adequados** é, dentre todos, talvez o que mais de perto apele para a ideia de proporcionalidade (em sentido amplo e estrito). Com efeito, se há três elementos ínsitos ao juízo de proporcionalidade — a

que tal pedido poderia vir a ser feito em juízo, nunca teríamos presentes as condições da ação, pois o direito não dá guarida, não oferece tutela jurisdicional ao ilícito e ao imoral, como já tivemos oportunidade de constatar” (idem, p.404).

²⁶⁸⁵ Pela teoria da asserção, segundo FREITAS CÂMARA, “[a] s condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem do direito material” (Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, v. I, p.122 [g.n.]). Se bem que, por esses argumentos, irrefutável, a teoria da asserção encontra inúmeros adversários em doutrina (assim, no Brasil, o próprio CÂNDIDO RANGEL DIANAMARCO).

adequação (ou idoneidade), a necessidade (ou exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito —, serão eles sempre a definir, na casuística concreta, o que se deve entender por “otimização”, quando se diz — de acordo com a teoria alexyana — que princípios jurídicos são mandados de otimização (“*Optmierungsgebot*”), característica que se comunica às disposições jusfundamentais (expressas ou adscritas) em seu “*Doppelcharakter*”. Daí que, no plano da execução judicial, não se trata de meramente escolher um meio e descartar o outro: na tensão entre a efetividade da jurisdição e a legítima resistência do executado (veja-se, *e.g.*, o artigo 620 do CPC brasileiro²⁶⁸⁶), deve-se perseguir um *ponto ideal*, na linha da concordância harmônica hessiana, mas sem perder de vista que o juízo de proporcionalidade alberga um procedimento de resultados múltiplos, mesmo porque “*a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um mesmo resultado*”²⁶⁸⁷. Assim, sob circunstâncias concretamente diversas, diversas poderão ser as escolhas judiciais; e, mesmo sob circunstâncias concretas muito similares, pré-entendimentos diversos poderão determinar naturalmente escolhas diferentes, a serem afinal afinadas pelos filtros recursais.

A jurisprudência trabalhista brasileira apresenta ao estudioso do processo exemplos paradigmáticos de como o direito ao meio executivo eficaz e adequado manifesta-se a partir de juízos de proporcionalidade (e muito particularmente do elemento da *proporcionalidade em sentido estrito*), infletindo o devido processo formal. Um exemplo atual está na “superação” do artigo 880 da CLT, para que os executados sejam simplesmente comunicados por via postal do crédito exequendo, dispensando-se a citação em execução (ainda exigida no procedimento legal, que é de 1943), como já reportado alhures²⁶⁸⁸. Outro é o do BACENJUD brasileiro, hoje espreado por todos os ramos do Judiciário nacional, pelo qual se disponibiliza ao juiz, a partir de convênios administrativos estabelecidos entre o Banco Central do Brasil e os diversos tribunais, uma ferramenta “*on line*” capaz de localizar e bloquear, com meros *login* e senha, contas bancárias titularizadas pelo executado em qualquer ponto do país, nos limites do crédito exequendo. Hoje o mecanismo está

²⁶⁸⁶ “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Vide, *supra*, tópico 26.1, n. III.

²⁶⁸⁷ Alexy, *Theorie...*, p.143.

²⁶⁸⁸ V. Luciano Athayde, *A recente reforma...*, pp.55 e ss. V. também o §33º, n. V, e a nota n. 2623.

positivado na lei processual civil (artigo 665-A do CPC, *ut* Lei n. 11.382/2006 — v., *supra*, a nota n. 110); todavia, quando surgiu na Justiça do Trabalho (no início deste século, sob a égide do Provimento CGJT n. 03/2003), não havia expressa previsão legal, o que suscitou grandes debates acerca da sua legalidade, a reboque de uma arcaica “tipicidade absoluta” que se esgrimia para os meios processuais executivos²⁶⁸⁹. Ora, se até mesmo antes dos juízos plenários, como por exemplo nas antecipações de tutela condenatória — com efeitos executivos²⁶⁹⁰ —, admite-se certa *flexibilidade* na escolha dos meios, como se lê no artigo 461, §5º, do CPC (pelo qual, “[p]ara a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, **determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial**” [g.n.]), não há qualquer lógica idônea a sustentar o rigor formal inextrincável na observação de “tipos modais executivos” quando se trata de executar o réu, provisória ou definitivamente, à vista de uma sentença que já declarou o “*meritum causae*” com foros de definitividade. Decorre, pois, do direito a meios de execução efetivos e adequados, uma **ductibilidade de meios executivos** que obviamente não chega a se convolar em um princípio de atipicidade, mas que confere uma certa *plasticidade* aos meios judiciais executivos previstos em lei, tendendo sempre à maior eficácia dos procedimentos, se bem que atenta aos metalimites dialógicos e imanentes na tensão com outros direitos fundamentais. Não por outra razão, aliás, variegados sistemas nacionais admitem inclusive a *desjudicialização parcial* do

²⁶⁸⁹ O PFL chegou mesmo a ajuizar a ADI n. 3091/DF, ainda em 2003, pedindo a nulidade do convênio firmado entre o TST e o Banco Central e argumentando com o artigo 22, II, da CRFB, pelo qual somente o Poder Legislativo da União poderia legislar sobre direito processual (e, portanto, “novas” formas de construção judicial exigiriam lei formal que expressamente as previsse, a despeito das possibilidades abertas pela velocidade dos avanços tecnológicos); e, por conseguinte, arguia-se a violação ao princípio da separação e independência entre os Poderes da República (e, logo, ofensa aos artigos 2º, 48, 59, 61, 65 e 66 da CRFB), porque o TST estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional e do próprio Presidente da República. Os próprios “limites geográficos” da jurisdição não seriam respeitados (em um procedimento bem diverso daquele das cartas precatórias, já que nenhum juiz aporia “*exequatur*” no foro da construção), assim como haveria violação ao próprio sigilo bancário dos réus. Nada obstante, já o então Procurador-Geral da República CLÁUDIO FONTELES, oficiando perante o STF, concluiu não haver qualquer inconstitucionalidade (ao revés, ponderou ser o BACENJUD um modelo de eficácia a ser seguido na prestação de serviço judiciário à população); a ação, porém, ainda não foi julgada, apesar da superveniência da Lei n. 11.382/2006 (que prejudica boa parte dos argumentos originários). Cfr. STF, ADI n. 3091/DF, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 04.03.2005.

²⁶⁹⁰ V., *e.g.*, o artigo 273, §3º, do CPC brasileiro, notadamente após a Lei n. 10.444/2002 (reportando-se ao artigo 461).

processo executivo²⁶⁹¹, para que as diligências executivas sejam promovidas por *terceiros* — privados (e.g., o solicitador de execução²⁶⁹²) ou públicos (e.g., o oficial de justiça²⁶⁹³) — que não o juiz (a quem se reserva apenas um *poder geral de controle*), como se dá na Suécia (com o *Serviço Público de Cobrança Forçada*), na França, Bélgica e Luxemburgo (com a figura do “*huissier*”), na Escócia (com o “*sheriff officer*”), na Alemanha e na Áustria (com o “*Gerichtsvollzieher*”²⁶⁹⁴), como ainda em Portugal (v. o artigo 810º do CPC). É um rematado equívoco, portanto, “fetichizar” os ritos e formas em sede executiva; ao contrário, a tendência universal tem sido a de simplificá-los, otimizá-los e inclusive descentralizá-los.

Alfim, ainda no Brasil, há um terceiro exemplo de inflexão formal (proporcional) no processo executivo, talvez até mais expressivo, que se assenta na relativização das chamadas impenhorabilidades absolutas (v., *supra*, o caso n. 5 do tópico 1.1, n. VII), e que agora merece um olhar mais cuidadoso. Embora a regra processual defina que os salários, vencimentos, subsídios, soldos, proventos e afins são absolutamente impenhoráveis (art. 649, IV, do CPC²⁶⁹⁵) — o que decorre, em relação aos salários, do princípio material da

²⁶⁹¹ Cf., por todos, José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva: depois da reforma*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.24-28.

²⁶⁹² Em Portugal, v. artigo 810º, 3, “e”, do CPC.

²⁶⁹³ Em Portugal, o oficial de justiça fará as vezes do solicitar de execução, se não houver nenhum no círculo. Cf. Lebre de Freitas, *A Acção Executiva*, p.27, nota n. 58. V. também Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, “As funções e o estatuto processual do agente de execução e seus reflexos no papel dos demais intervenientes no processo executivo”, in *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, UNL, 2004, n. 9, pp.43-54.

²⁶⁹⁴ Para as suas atribuições no direito alemão, cf. Brox, Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, pp.201-209.

²⁶⁹⁵ Em Portugal, de modo bem mais atento ao direito a meios de execução efetivos e adequados, o próprio legislador tratou de incorporar um parâmetro quantitativo de proporcionalidade (associando-lhe, ademais, um critério qualitativo aberto, ao cogitar da “natureza do crédito exequendo” para aumentar ou reduzir a margem penhorável dos salários, vencimentos, proventos e afins, de acordo com os dados concretos do litígio). *In verbis*: “**Artigo 824.º (Bens parcialmente penhoráveis).** 1. São impenhoráveis: **a)** Dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado; **b)** Dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante. 2. A impenhorabilidade prescrita no número anterior tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento e o crédito exequendo não seja de alimentos, o montante equivalente a um salário mínimo nacional. 3. Na penhora de dinheiro ou de saldo bancário de conta à ordem, é impenhorável o valor global correspondente a um salário mínimo nacional. 4. **Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excepcionalmente, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora.** 5. **Pode igualmente o juiz, a requerimento do exequente e ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como o estilo de vida e as**

intangibilidade salarial (ínsita ao art. 462 da CLT) —, nas execuções trabalhistas o que geralmente está em causa, o mais das vezes, é precisamente a satisfação de dívidas salariais dotadas de natureza alimentar “*lato sensu*”. Assim, p.ex., suponha-se que o ex-empregado tem direito a salários vencidos e ajuíze reclamationária trabalhista em face do ex-empregador, atualmente funcionário público. Condenado o ex-patrão, o juiz não localiza, já em fase executiva, qualquer outro patrimônio executível que não os vencimentos pagos ao réu em folha. Tais vencimentos têm natureza alimentar para o atual funcionário (o ex-patrão), por isso são intangíveis e impenhoráveis à luz da lei; mas também os salários sonegados ao ex-empregado assim o eram, e seguem sendo, constando agora de um título executivo judicial. Tensionam-se, a rigor, apenas valores jurídicos, já não cabendo juízos fáticos (necessidade/adequação), pois a medida restritiva é, diante da narrativa, obviamente necessária e adequada para salvaguardar o interesse alimentar do reclamante. “*Quid iuris*”?

Mesmo no processo civil, onde os créditos exequendos geralmente não gozam de especial proteção legal, tem-se sustentado, em doutrina, a penhorabilidade dos altos salários ou mesmo dos imóveis de família com grande valor de mercado (a despeito da absoluta impenhorabilidade do bem de família, nos termos do artigo 1º, *caput*, da Lei n. 8.009/1990²⁶⁹⁶). ARENHARDT²⁶⁹⁷, por exemplo, advogou que, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou bens de vulto, a lei compromete o acesso à ordem jurídica justa, porque,

“[n]ão havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens inviabiliza a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF). Chancelando a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o credor

necessidades do executado e do seu agregado familiar, afastar o disposto no n.º 3 e reduzir o limite mínimo imposto no n.º 2, salvo no caso de pensão ou regalia social” (g.n.). O mesmo se passa, ademais, com a impenhorabilidade de depósitos bancários, por equiparação legal (artigo 824º-A do CPC luso). Cf. por todos, em Portugal, Lebre de Freitas, *A Acção Executiva*, pp.218-223. E, para uma visão mais abrangente sobre o processo executivo europeu (perspectivas nacional e transnacional), v. Ana Paula Mota da Costa e Silva, *Processo de Execução*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, v. I (*Títulos Executivos Europeus*), *passim*.

²⁶⁹⁶ *In verbis*: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

²⁶⁹⁷ Sérgio Cruz Arenhardt, “A penhorabilidade do imóvel de família de elevado valor e de altos salários”, in *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier, Thereza Alvim (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp.523-529.

sem fundamentação constitucional bastante. Cria, portanto, instrumento incapaz de satisfazer minimamente a garantia constitucional da efetividade da jurisdição. Conforme já acentuou o STF, quando o Estado, por qualquer de suas funções, inviabiliza a realização de um direito fundamental ou de forma desarrazoada limita o seu exercício, agride o núcleo desse direito fundamental”²⁶⁹⁸.

ARENHARDT estava a lidar, portanto, com os metalimites dialógicos e imanentes do direito à execução e do direito à segurança jurídica (em tensão recíproca), embora sem distingui-los muito claramente. Terminou por concluir que, “*não obstante aparentemente inexistentes no ordenamento jurídico nacional, estão incorporadas as autorizações para a penhora de imóveis de vulto e de parcela de remunerações elevadas*”²⁶⁹⁹, para inclusive reputar abstratamente inconstitucional o veto da Presidência da República aos dispositivos contidos nos artigos 649, §3º, e 650, par. único, do projeto de lei que deu origem à Lei n. 11.382/2006 (que contemplavam limitações à impenhorabilidade absoluta dos bens de família e dos salários²⁷⁰⁰). Estamos com ele.

E, com ainda maior razão, considerando-se a conjuntura de cada caso — e notadamente o fato de os salários, vencimentos ou proventos percebidos pelo executado serem ou não suficientes para a sua subsistência e a da sua família (i.e., se a dedução parcial do valor traz mera perda de comodidades ou se de fato carrega risco social ou alimentar) —, alguns tribunais laborais brasileiros têm relativizado a norma legal e decidido pela *penhorabilidade parcial* daqueles rendimentos em favor do ex-empregado, a despeito da vedação processual-formal do artigo 649, IV, do CPC (extensível ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT), desde que sobeje suficiência econômica para a vida digna do executado e de sua família. *In verbis*:

²⁶⁹⁸ *Idem*, pp.528-529.

²⁶⁹⁹ *Idem*, p.529.

²⁷⁰⁰ O projeto admitia a penhora do bem imóvel de família de valor superior a mil salários mínimos (em 2012, algo em torno de R\$ 622.000,00, ou € 248.800,00) e de parcela dos salários de alta monta, admitindo-se a constrição de até quarenta por cento do total mensalmente recebido acima de vinte salários mínimos (hoje, algo em torno de R\$ 12.400,00/mês, ou € 4.976,00/mês), após os descontos compulsórios na fonte. Para as razões do veto, v. a Mensagem de Veto n. 1.047, de 06.12.2006 (da Presidência da República Federativa do Brasil). Para ARENHARDT, porque inconstitucional, o veto havia de ser simplesmente *ignorado* (*idem*, p.529) — o que significou reconhecer, na prática, os poderes do juiz para “infletir” a ordem formal de impenhorabilidade absoluta de tais créditos e bens. Nos juízos cíveis, porém, pouco se avançou a esse respeito.

EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO.

O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeusado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses, o que precisava mesmo ocorrer, mormente num País no qual os responsáveis pela feitura de leis quase não se preocupam (ou não se preocupam um mínimo sequer?!), com as necessidades e os interesses da sociedade — salvo honrosas exceções —, e sim tão-somente com os daqueles segmentos cujos interesses tomam a peito (e alma) defender, para o que, aí sim, não medem esforços, sendo incomparavelmente dedicados. Partindo desse novo modo de sentir, não mais vinga a tese da impenhorabilidade do salário, sempre e em qualquer situação, pois, em cada caso concreto, há de existir um exame dos interesses postos em posição antagônica, para se ver qual deles é o protegido pelo sistema jurídico, lembrando que o pós-positivismo, entre suas idéias, trouxe a de que os princípios são uma espécie do gênero norma, sendo a outra espécie a regra, tendo, portanto, ambos, vocação para embasar uma decisão judicial, pois que os princípios podem (*rectius*: devem) ser tidos em linha de consideração na magna hora em que se vai definir qual [a] norma a que compete regular o caso concreto, pois trazem a vantagem de, em existindo algum conflito entre eles, fixar-se qual o que deva prevalecer, na situação específica, o que não significa que o que deixou de ser observado tenha perdido sua força, poderá e certamente será observado em outra situação, em que se entender que sua prevalência é a que melhor responderá aos anseios de justiça. Destarte, **quando parte do salário é penhorado, para a satisfação de crédito de natureza salarial, prestigiado resta, como deve ser, o princípio da proporcionalidade, o que somente poderia deixar de ocorrer em situações especialíssimas, nas quais outro princípio possa ser magoado, o que apenas o exame do caso concreto poderá determinar.** Enfim, existindo uma questão de impenhorabilidade de salário reclamando solução, a mesma não pode ser encontrada apenas nos horizontes, hoje estreitos e/ou insuficientes, do quanto disposto no artigo 649, IV, do CPC, a não ser assim, de acrescentar, a própria Constituição Federal será atropelada” (TRT 15^a Reg., AgP n. 0096100-14.2004.5.15.0073, rel. Des. MOTTA GIORDANI, in DJ 03.03.2006 [g.n.])

É, com efeito, a decisão mais legítima em casos desse jaez, no rigor da supremacia da Constituição, desde que o direito constitucional à tutela efetiva seja lido com as dimensões aqui sufragadas (*supra*, tópico 26.1). Nada obstante, ainda no Brasil, e a despeito dos bons exemplos estrangeiros (*e.g.*, o artigo 824º, 4 e 5, do CPC luso, o artigo

850, “c”, 1, da ZPO²⁷⁰¹, o artigo L3252-2 do *Code du Travail*²⁷⁰² ou o artigo 545 do *Codice di Procedura Civile*²⁷⁰³), semelhantes interpretações têm sido desautorizadas pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, como se infere da leitura da OJ n. 153 da SBDI-2 (“Mandado de segurança. Execução. Ordem de penhora sobre valores existentes em conta salário. Art. 649, IV, do CPC. Ilegalidade”). A nosso sentir, porém, o amadurecimento da jurisprudência daquela corte conduzirá à supressão desse enunciado, permitindo que o juiz natural da causa decida, à vista dos fatos, direitos e interesses envolvidos no litígio, quais os meios executivos mais efetivos e adequados para a hipótese. Qualquer antecipação apriorística representará, no particular, um modo de manietar inflexões muitas vezes necessárias para a tutela judicial efetiva.

²⁷⁰¹ Limitando a 930 euros mensais, 217,50 euros semanais ou 43,50 euros diários, na hipótese básica, a impenhorabilidade absoluta dos salários em geral. Vejam-se, ademais, os artigos 811, 1, 1, e 850a, 1. Mesmo com esse critério legal de proporcionalidade, ademais, não se engessa o poder de adequação dos tribunais: se o juízo entender que, mesmo quando observadas as proporções do artigo 850c, 1, ainda assim o saldo à disposição do devedor será insuficiente para suportar as suas despesas socialmente necessárias (“*notwendige Lebensunterhalt*”), poderá aumentar o teto de impenhorabilidade no caso concreto. *In verbis*: “§ 850f. **Änderung des unpfändbaren Betrages. (1)** Das Vollstreckungsgericht kann dem Schuldner auf Antrag von dem nach den Bestimmungen der §§ 850c, 850d und 850i pfändbaren Teil seines Arbeitseinkommens einen Teil belassen, wenn a) der Schuldner nachweist, dass bei Anwendung der Pfändungsfreigrenzen entsprechend der Anlage zu diesem Gesetz (zu § 850c) der notwendige Lebensunterhalt im Sinne des Dritten und Elften Kapitels des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch oder nach Kapitel 3 Abschnitt 2 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für sich und für die Personen, denen er Unterhalt zu gewähren hat, nicht gedeckt ist [...]” (§ 850f, 1, “a”, ZPO [g.n.]).

²⁷⁰² A prever faixas de impenhorabilidade fixadas pelo Conseil d’État de acordo com o valor dos salários. *In verbis*: “**Article L3252-2.** Sous réserve des dispositions relatives aux pensions alimentaires prévues à l’article L. 3252-5, les sommes dues à titre de rémunération ne sont saisissables ou cessibles que dans des proportions et selon des seuils de rémunération affectés d’un correctif pour toute personne à charge, déterminés par décret en Conseil d’Etat’. Ce décret précise les conditions dans lesquelles ces seuils et correctifs sont révisés en fonction de l’évolution des circonstances économiques” (g.n.). O preceito corresponde ao antigo artigo L145-2, na redação anterior do *Code du Travail*.

²⁷⁰³ *In verbis* (na redação do Decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51): “**Art. 545. (Crediti impignorabili)** Non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per causa di alimenti, e sempre con l’autorizzazione del tribunale o di un giudice da lui delegato e per la parte dal medesimo determinata mediante decreto. Non possono essere pignorati crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell’elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza. **Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altra indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal tribunale o da un giudice da lui delegato. Tali somme possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito.** Il pignoramento per il simultaneo concorso delle cause indicate precedentemente non può estendersi oltre la metà dell’ammontare delle somme predette. Restano in ogni caso ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge” (g.n.).

TESE

AS TESES

DEVIDO PROCESSO INTEGRAL: POR UM MODELO RACIONAL DE DECISÃO NAS INFLEXÕES FORMAIS

A presente investigação colimou basicamente dar resposta à seguinte pergunta: em tempos de progressivo ativismo judicial, há um modelo hermenêutico racional capaz de explicar as recorrentes “intervenções intuitivas” que tísnam o devido processo legal-formal (exemplificadas no tópico 1.1)?

Após analisar o problema, com todas as suas contingências e repercussões, ao longo de oito capítulos, podemos responder que:

- a “*due process clause*” consubstancia, a um tempo, direito e garantia fundamental; “*sensu latissimo*”, funciona como cláusula geral de indenidade dos demais direitos fundamentais;
- devido processo formal e devido processo substantivo são dimensões autoimplicadas e indissociáveis da “*due process clause*”; ao interagir dinamicamente no sistema jurídico, deflagram tensões especialmente problemáticas nos processos judiciais que discutem ou oportunizam colisões de direitos fundamentais;
- em tais contextos de tensão, visando à concordância prática dos direitos fundamentais implicados, os modelos constitucionais democráticos podem/devem admitir equacionamentos concretos com restrições ao devido processo legal-formal (= *inflexões*), desde que lastreados em juízos histórico-concretos de ponderação (proporcionalidade/razoabilidade) e preservados os conteúdos essenciais dos direitos processuais constitucionais afetados (§26º);
- admitida a dicotomia entre normas-princípios e normas-regras, verifica-se que as regras processuais — como são aquelas relativas a competência, iniciativa, provas, prazos e condições (§§ 27º a 32º) — sujeitam-se a juízos de proporcionalidade, não integrando o

núcleo essencial irreduzível do devido processo formal (donde serem, qualitativa e quantitativamente, mais suscetíveis às inflexões formais);

- as inflexões formais decorrem de específicos poderes assistenciais que as ordens jurídicas democráticas acometem a juízes e tribunais, sob limites, para que os exerçam atendendo às necessidades objetivas do litígio e às características do bem da vida “*sub iudice*”;
- a escrutinação desses poderes permite identificar normas constitucionais adscritas definidoras de *novos direitos processuais* fundamentais, aptos a justificar imediatamente grande parte das inflexões formais (e a extremá-las de deflexões ilegítimas), como o direito a um processo efetivo, o direito a um procedimento adequado (para o direito material em tese e para as circunstâncias fático-concretas), o direito a um contraditório eficaz, o direito a uma jurisdição corretiva e transformadora, o direito à coisa julgada constitucional e o direito a meios de execução efetivos e adequados.
- uma concepção integrativa do “*due process of law*” justifica e legitima as inflexões legais e judiciais do devido processo formal, como fenômeno natural de acomodação da normatividade complexa da cláusula do devido processo, “*si et quando*” as inflexões concorrerem racionalmente para a concreta satisfação do “*substantive due process*”, respeitados os seus limites imanentes e dialógicos.

Daí porque as inflexões formais do devido processo sempre existiram (§§7º a 11º), têm raízes constitucionais (jusfundamentais) e tanto são socialmente necessárias como são juridicamente possíveis, derivando do diálogo funcional entre “*substantive due process*” e “*procedural due process*”.

Logramos confirmar, assim, todas as teses aqui apresentadas, bem como as demais teses parciais de que partimos no §2º, n. III (“ α ” a “ μ ”), com os oportunos acréscimos e desenvolvimentos.

ÍNDICES

ÍNDICES

I. ÍNDICES DE JURISPRUDÊNCIA

BRASIL

Supremo Tribunal Federal

STF, REEx n. 77792, j. 15.10.1974: motivação das decisões judiciais.

STF, Representação n. 930, publ. 02.09.1977: liberdade de conformação do legislador v. liberdade de profissão.

STF, REEx n. 93412, j. 04.05.1982: relativização da coisa julgada; atualização do valor do imóvel expropriado por decisão transitada em julgado quanto ao valor.

STF, Representação n. 1417-7/DF, j. 09.12.1987: interpretação conforme a Constituição e controle de constitucionalidade; atuação do STF como “legislador negativo”.

STF, REEx n. 105012, publ. 01.07.1988: relativização da coisa julgada; atualização do valor do imóvel expropriado por decisão transitada em julgado quanto ao valor.

STF, HC n. 67390-2, publ. 06.04.1990: prática pessoal de atos processuais pelas partes.

STF, CC n. 6979-1, j. 15.08.1991: natureza jurídica do *habeas corpus* (penal).

STF, REEx n. 141209-7, j. 04.02.1992: *habeas corpus* contra ato de membro do Ministério Público (competência).

STF, REEx n. 141211, j. 26.05.1992: *habeas corpus* contra ato de promotor de membro do Ministério Público (competência).

STF, REEx n. 140370, j. 20.04.1993: motivação das decisões judiciais.

STF, Petição n. 762-AgRg, j. 31.01.1994: direito de petição (artigo 5º, XXXIV, da CRFB); capacidade postulatória.

STF, HC n. 69912-0, publ. 25.03.1994: inadmissibilidade de provas ilícitas e devido processo legal.

STF, REEx n. 158543, j. 30.08.1994: direito ao contraditório e à ampla defesa.

STF, HC n. 71373, j. 10.11.1994: direito probatório; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; amostras biológicas para exame de DNA (obtenção coercitiva) .

STF, AgRg n. 133757, j. 16.05.1995: devido processo formal: violação (desconsideração de instrumento de mandato encargado em autos apensos).

STF, AP n. 307-3/DF, publ. 13.10.1995: inadmissibilidade de provas ilícitas e devido processo legal.

STF, HC n. 71800-1, publ. 03.05.1996: delito de trânsito (dolo eventual).

STF, REEx n. 158215-4, publ. 07.06.1996: devido processo formal; liberdade de conformação do legislador.

STF, HC n. 74735, j. 10.03.1997: embargos declaratórios com efeitos infringentes; necessidade de contraditório.

STF, REEx n. 158655-9, j. 02.05.1997: devido processo formal (recursos protelatórios).

STF, ADC n. 04/DF, j. 11.02.1998: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (constitucionalidade das restrições legais).

STF, Pet. n. 1458, j. 26.02.1998: dever de respeito aos princípios constitucionais.

STF, HC n. 76060-4, j. 31.03.1998: amostras biológicas para exame de DNA (obtenção coercitiva) ; proporcionalidade (possibilidade).

STF, HC n. 76614, publ. 12.06.1998: direito ao contraditório e à ampla defesa (provas protelatórias e afins).

STF, RE n. 238737, j. 17.11.1998: competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar ações de indenização por danos materiais e morais na relação de emprego.

STF, SS n. 1320, j. 06.04.1999: devido processo substantivo (proporcionalidade); limitação do número de unidades por pacote ou maço de cigarros.

STF, REExt n. 251445-4, publ. 03.08.2000: inadmissibilidade de provas ilícitas e devido processo legal.

STF, SS n. 1853, publ. 04.10.2000: presunção de constitucionalidade de leis.

STF, ADI n. 2290-3-MC, j. 18.10.2000: devido processo legal substantivo; proibição de registro de armas de fogo.

STF, HC n. 79812, publ. 16.02.2001: direito à não auto-incriminação.

STF, Reclamação n. 1015, j. 30.05.2001: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede previdenciária).

STF, ADC-MC n. 9, j. 26.08.2001: medidas de racionamento do consumo de energia elétrica (constitucionalidade).

STF, HC n. 80849, publ. 14.12.2001: direito à não auto-incriminação.

STF, Rcl-AO n. 2040-DF, j. 20.02.2002: amostras biológicas para exame de DNA (obtenção não consentida) .

STF, Reclamação n. 1831, J. 07.03.2002: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede previdenciária).

STF, AI n. 265064-Agr-ED-ED, j. 11.06.2002: princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; documentos necessários para o conhecimento dos recursos extraordinários.

STF, REEx n. 256327, j. 25.06.2002: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

STF, Rcl n. 1257, publ. 07.02.2003: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede previdenciária).

STF, Rcl 1831, j. 20.02.2003: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede previdenciária).

STF, HC n. 83471, j. 03.09.2003: publicidade dos atos processuais.

STF, REEx n. 372472, j. 04.11.2003: devido processos substantivo.

STF, MS n. 24268, j. 05.02.2004: direito ao contraditório e à ampla defesa (amplitude).

STF, ADI n. 3091/2003, j. 04.03.2005: penhora “*on line*” e novas formas de constrição judicial; constitucionalidade.

STF, REEx n. 413782, j. 17.03.2005: devido processo substantivo; proibição constitucional de sanções políticas ou desproporcionais em sede tributária.

STF, REEx n. 374981, j. 28.03.2005: devido processo substantivo (razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito).

STF, AO n. 1.120-QO, j. 30.06.2005: garantia do juiz natural.

STF, REEx n. 201819, j. 11.10.2005: direito ao contraditório (relações privadas).

STJ, HC n. 35309, j. 21.10.2005: direito à não auto-incriminação.

STF, HC n. 82959-7, j. 23.02.2006: proibição de progressão de regime nas penas privativas de liberdade decorrentes da prática de crimes hediondos e equiparados (Lei n.

8.072/90): inconstitucionalidade; núcleo essencial do direito fundamental à individualização da pena.

STF, REEx-AgR-ED n. 198131, j. 21.03.2006: embargos declaratórios com efeitos infringentes (excepcionalidade).

STF, ADI n. 1127-8, j. 17.05.2006: assistência advocatícia; dispensa legal hipotética (constitucionalidade); sustentação oral após o voto do relator (inconstitucionalidade).

STF, ADI n. 3684, j. 01.02.2007: competência penal da Justiça do Trabalho.

STF, HC n. 88914, j. 14.08.2007: devido processo formal; interrogatórios por videoconferências.

STF, ADI-MC n. 2139, j. 16.08.2007: pleno acesso à justiça; tentativa prévia de conciliação (não obrigatoriedade).

STF, ADI-MC n. 2160, j. 16.08.2007: pleno acesso à justiça; tentativa prévia de conciliação (não obrigatoriedade).

STF, ADI-MC n. 903, publ. 24.10.2007: publicidade dos atos processuais; votos dos ministros do STF (modificação).

STF, HC n. 91449-7, j. 07.11.2007: devido processo substantivo (proporcionalidade).

STF, HC n. 94016, j. 16.09.2008: devido processo formal (estrangeiros).

STF, ADI n. 173, j. 25.09.2008: devido processo formal e devido processo substantivo; proibição constitucional de sanções políticas ou desproporcionais em sede tributária.

STF, HC n. 94.542, j. 03.02.2009: direito ao contraditório e à ampla defesa (provas protelatórias e afins).

STF, ADPF n. 130, j. 30.04.2009: Lei de Imprensa (constitucionalidade).

STF, REEx n. 595914, j. 26.05.2009: devido processo formal (violação direta).

STF, HC n. 102109j. 17.08.2010: defesa técnica como direito irrenunciável e irrevogável (processo penal).

STF, REEx n. 601655-ED, publ. 25.04.2011: relativização da coisa julgada; desapropriação; justa indenização v. coisa julgada (proporcionalidade).

STF, REEx n. 603188-AgR, publ. 13.05.2011: relativização da coisa julgada: hipóteses de privativa conformação legislativa.

STF, HC 107644, j. 06.09.2011: resistência do suspeito; poder implícito do delegado de polícia para conduzir coercitivamente com vista à prestação de esclarecimentos.

STF, Ac. n. 3772, j. 27.10.2011: acesso ao Poder Judiciário como órgão consultivo (inadmissibilidade).

STF, ADI n. 4638, j. 02 e 08.02.2012: julgamentos administrativo-disciplinares de juízes (realização a portas abertas).

STF, REEx n. 635545, publ. 10.04.2012: relativização da coisa julgada via embargos (direito positivo); possibilidade restrita às decisões do STF em controle concentrado.

STF, REEx n. 508283-AgRg, j. 24.04.2012: relativização da coisa julgada; desapropriação e justa indenização; possibilidade e excepcionalidade.

STF, REEx n. 606041 e 606041-AgRg, j. 22.05.2012: relativização da coisa julgada via embargos (direito positivo); possibilidade restrita às decisões do STF em controle concentrado; revisão de vencimentos de servidor público; impossibilidade (pela natureza do direito pleiteado).

Conselho Nacional de Justiça

CNJ, PCA n. 347, j. 14.03.2007: limite de idade em concurso para a carreira de juiz substituto (inadmissibilidade).

CNJ, PCA n. 200810000005866, j. 18.03.2008: limite de idade em concurso para a carreira de juiz substituto (inadmissibilidade).

Superior Tribunal de Justiça

STJ, HC n. 601/RS, j. 01.04.1991: crime de frustração de direito trabalhista (competência material).

STJ, CC n. 2459/SP, j. 20.02.1992: competência dos tribunais regionais federais para *habeas corpus* contra atos de juízes do Trabalho.

STJ, HC n. 3479, publ. 05.06.1995: delito de trânsito (dolo eventual).

STJ, HC n. 3982 (1995/0053161-5), j. 04.12.1995: admissibilidade “*pro accusatione*” de provas obtidas com violação de direitos e garantias fundamentais (proporcionalidade).

STJ, HC n. 3982, j. 05.12.1995: *exclusionary rules*.

STJ, REsp n. 9012, j. 24.02.1997: processo civil; garantias fundamentais; admissibilidade de provas obtidas sem o consentimento alheio (gravação clandestina de conversa telefônica feita pela parte da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo).

STJ, ROHC n. 7216, j. 28.04.1998: processo penal; garantias fundamentais; admissibilidade de provas obtidas sem o consentimento alheio (gravação clandestina de conversa telefônica).

STJ, REsp n. 81101/PR, j. 13.04.1999: inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro profissional.

STJ, RMS n. 11183, j. 22.08.2000: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

STJ, REsp n. 226436, j. 28.06.2001: relativização da coisa julgada; investigação de paternidade (nova prova não disponível ao tempo da primeira ação).

STJ, REsp n. 491311, publ. 09.06.2003: : embargos declaratórios com efeitos infringentes; necessidade de contraditório.

STJ, REsp n. 471624, j. 25.08.2003: inversão do ônus da prova em ações ordinárias de pagamento de débito bancário, movidas por correntista em face do banco.

STJ, REsp n. 492318, j. 08.03.2004: inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro médico.

STJ, REsp n. 907525, j. 19.04.2007: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (renovação de licença para transporte escolar).

STJ, REsp n. 1049702, j. 18.04.2008: relativização da coisa julgada via embargos (direito positivo); equalização do tempo em relação às decisões do STF.

STJ, REsp n. 826.698, j. 06.05.2008: relativização da coisa julgada; investigação de paternidade (nova prova não disponível ao tempo da primeira ação).

STJ, HC n. 76686 (2007/026405-6), publ. 10.11.2008: interceptação telefônica; duração (razoabilidade).

Tribunal Superior do Trabalho

TST, RR n. 32943/1991.2, publ. 30.10.1992: postulação pessoal leiga na Justiça do Trabalho.

TST, CC n. 119959/2004-000-00-00.6, publ. 10.12.2004: competência em razão do lugar (inflexão).

TST, AI-RR n. 122540-27.2005.5.18.0009, j. 20.04.2010: princípio da verdade real no processo do trabalho.

TST, RR n. 49400-30.2004.5.04.0511, publ. 28.10.2010: violação de direitos de personalidade no trabalho; inversão do ônus da prova.

TST, AIRR n. 8925-84.2010.5.01.0000, j. 03.08.2011: dispensa de empregado portador do vírus HIV; presunção de ato discriminatório e inversão do ônus da prova.

TST, RR n. 155100-07.1999.5.15.0012, j. 14.12.2011: inépcia da petição inicial.

TST, RR n. 124400-43.2004.5.02.0074, j. 25.04.2012: dispensa de empregado portador do vírus HIV; presunção de ato discriminatório e inversão do ônus da prova.

Tribunais Regionais do Trabalho

TRT 12ª Reg., n. 00311-2006-015-12-00, publ. 05.02.2007: competência penal da Justiça do Trabalho.

TRT 9ª Reg., RO n. 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, publ. 23.11.2007: assédio nas relações de trabalho; inversão do ônus da prova (impossibilidade).

TRT 3ª Reg., RO n. 00303-2008-097-03-00-1, publ. 21.02.2009: competência em razão do lugar (inflexão).

TRT 3ª Reg., RO n. 01302-2010-129-03-00-9-RO, j. 05.07.2011: assédio nas relações de trabalho; constelação de indícios: inversão do ônus da prova (possibilidade).

TRT 3ª Reg., RO n. 0001235-68.2011.5.03.0014, publ. 02.02.2012: assédio nas relações de trabalho; inversão do ônus da prova (impossibilidade).

Tribunais Regionais Federais

TRF 1ª Reg., HC n. 92.01.27.236-7, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2 (1993): competência dos tribunais regionais federais para *habeas corpus* contra atos de juízes do Trabalho.

TRF 4ª Reg., HC n. 944.2.173-1, publ. 26.10.1994: competência dos tribunais regionais federais para *habeas corpus* contra atos de juízes do Trabalho.

TRF 3ª Reg., RO n. 45542, j. 16.05.1995: direito ao contraditório e à ampla defesa (relações privadas; emprego público).

TRF 2ª Reg., AI n. 75540, publ. 01.06.2004: antecipação dos efeitos da tutela de mérito de ofício (possibilidade).

TRF 1ª Reg., Proc. nº 2004.01.00.001485, j. 30.06.2004: presunção de constitucionalidade de leis.

TRF 4ª Reg., ED-Ag n. 2001.04.01.089766-9, publ. 24.11.2004: embargos declaratórios com efeitos infringentes; desnecessidade de contraditório prévio.

TRF 2ª Reg., ED-Apel. Cível n. 187858, publ. 07.03.2005: antecipação dos efeitos da tutela de mérito de ofício (possibilidade).

TRF 5ª Reg., Apel. Cível n. 345950, publ. 07.03.2005: antecipação dos efeitos da tutela de mérito de ofício (possibilidade).

TRF 5ª Reg., Apel. Cível n. 336991-PB, publ. 02.05.2005: antecipação dos efeitos da tutela de mérito de ofício (impossibilidade).

Tribunais de Justiça (estaduais)

TJSP, Ac. in RJTJESP-Lex 138, j. 16.09.1992: direito probatório; ampla defesa v. intimidade (proporcionalidade).

TJSP, Apel. Cível n. 255461-2-6, j. 06.04.1995: inversão do ônus da prova (incondicional) em matéria de publicidade.

TJSP, AI n. 14305-5-8, j. 05.09.1996: inversão do ônus da prova em ações civis públicas ou coletivas movidas em face de fabricantes de cigarros.

TJSP, AI n. 025497-4, j. 19.09.1996: inversão do ônus da prova em ações civis públicas ou coletivas movidas em face de fabricantes de cigarros.

TJSP, Apel. Cível n. 56576-5, j. 23.02.1999: a inversão do ônus da prova em ações de impugnação de autuações administrativas por infração viária (quanto à matéria de fato que pode ser objeto de prova pronta e apta pela autoridade de trânsito).

TJSP, AI n. 1086024-0-SP, j. 18.03.1999: inversão do ônus da prova; prévia explicitação às partes (devido processo formal).

TAMG, AI n. 0293929-3, j. 10.11.1999: inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro profissional.

TJSP, Apel. Cível n. 54641-5, j. 30.11.1999: inversão do ônus da prova em ações civis públicas concernentes à recomposição de danos ao meio ambiente.

TAPR, Apel. Cível n. 0156986-6, publ. 15.09.2000: inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro profissional.

TJRS, AI n. 70001489657, j. 29.11.2000: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

TJRJ, AI n. 2000.002.05903, j. 11.01.2001: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

TJRJ, AI n. 2000.002.11367, j. 22.03.2001: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

TJSP, Apel. Cível n. 119328-4, j. 16.05.2001: inversão do ônus da prova em ação pauliana.

TJSP, AI 214037-4-9, j. 25.09.2001: defesa do consumidor em juízo; inversão do ônus da prova: hipossuficiência técnica.

TJRJ, Apel. n. 7327/2001, j. 02.10.2001: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

TJMG, AI n. 000.247.666-1/00, j. 14.05.2002: relativização da coisa julgada; investigação de paternidade (nova prova não disponível ao tempo da primeira ação: possibilidade).

TJPE, AgRg n. 83529-6/01, publ. 22.01.2003: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde).

TJRJ, Proc. n. 2002.002.21102, j. 28.05.2003: inversão do ônus da prova em ações de indenização por danos derivados de erro profissional.

TJSP, AI n. 301006-4-7, j. 18.11.2003: defesa do consumidor em juízo; inversão do ônus da prova: hipossuficiência técnica.

TJSP, Apel. n. 9124127-57.2000.8.26.0000, j. 21.09.2004: direito probatório; interesse público administrativo v. intimidade (proporcionalidade).

TJMG, Apel. Cível n. 1.0000.00.349512-4/000, j. 23.09.2004: relativização da coisa julgada; investigação de paternidade (nova prova não disponível ao tempo da primeira ação: impossibilidade).

TJRS, AI n. 70009937111, j. 02.06.2005: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde; absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente).

TJRS, AI n. 70028487411, j. 25.03.2009: STF, REx n. 256327, j. 25.06.2002: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde; absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente).

TJRS, AI n. 70029945854, j. 07.05.2009: tutela antecipada em face da Fazenda Pública (possibilidade em sede de tutela da vida e da saúde; absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente).

TJSP, Apel. n. 994071394244, j. 04.08.2010: relativização da coisa julgada via embargos (direito positivo); possibilidade restrita às decisões do STF em controle concentrado.

TJRO, Apel. Crim. n. 0025771-43.2009.8.22.0012, j. 20.01.2011: violência doméstica; danos morais; descabimento de provimentos de ofício em sede de direitos disponíveis.

Varas e Turmas Recursais

Juizado Especial do Rio de Janeiro (Turma Recursal), Rec. n. 834-6/1997 (1998): inversão do ônus da prova em ações relativas a serviços de telefonia, quanto ao efetivo uso dos serviços opcionais.

1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas.
Processo n. 222942-8 (2006): Lei Maria da Penha (inconstitucionalidade).

16ª Vara Cível Federal de São Paulo. Ação Civil Pública n. 0012589-52.2011.403.6100,
j. 14.02.2012: fornecimento público e compulsório de medicamentos para acidente vascular
cerebral isquêmico.

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

TC, Ac. n. 31/1987: duplo grau de jurisdição e decisões que impõem restrições a
direitos, liberdades e garantias fundamentais.

TC, Ac. n. 455/1987: proporcionalidade; liberdade e autonomia sindical.

TC, Ac. n. 86/1988: paridade processual de armas.

TC, Ac. n. 413/1989: proporcionalidade; prazo de caducidade para ações de
reconhecimento de paternidade.

TC, Ac. n. 222/1990: devido processo formal; liberdade de conformação do legislador.

TC, Ac. n. 352/1991: direito ao duplo grau de jurisdição (processo penal).

TC, Ac. n. 161/1993: acesso à justiça.

TC, Ac. n. 211/1993: duplo grau de jurisdição e decisões que impõem restrições a
direitos, liberdades e garantias fundamentais.

TC, Ac. n. 516/1993: processo equitativo; paridade processual de armas.

TC, Ac. n. 634/1993: proporcionalidade; norma restritiva de liberdade (Código Penal e
Disciplinar da Marinha Mercante)

TC, Ac. n. 440/1994: prévia manifestação da parte para a aplicação de sanções
processuais.

TC, Ac. n. 497/1994: princípio da proporcionalidade (proibição de excesso); prisão para
averiguação.

TC, Ac. n. 644/1994: condenação “*extra vel ultra petitum*”(para ambas as partes).

TC, Ac. n. 661/1994: acesso à ordem jurídica (garantia de conteúdo essencial); direito à assistência advocatícia.

TC, Ac. 216/1995: direito à assistência advocatícia (estrangeiros e apátridas).

TC, Ac. n. 204/1995: direito de vista dos autos.

TC, Ac. n. 209/1995: direito à prova.

TC, Ac. n. 299/1995: prazos para ações judiciais em matéria de locações urbanas (proporcionalidade).

TC, Ac. n. 604/1995: direito à prova.

TC, Ac. n. 605/1995: constitucionalidade da norma do artigo 69º do CPT anterior (atual artigo 74º); interpretação conforme (condenação “*extra vel ultra petitum*” condicionada à prévia audição dos interessados); respeito ao contraditório.

TC Ac. n. 962/1996: direito à assistência advocatícia (estrangeiros e apátridas).

TC, Ac. n. 1182/1996: acesso à justiça (custas); hipossuficiência econômica.

TC, Ac. n. 521/1999: acesso à justiça (custas).

TC, Ac. n. 239/1997: devido processo formal (artigo 764º do CPC português).

TC, Ac. n. 263/1997: proporcionalidade; licitude de provas obtidas com violação de privacidade; captação não consentida de voz ou imagem (admissibilidade de prova).

TC, Ac. n. 487/1997: acesso à justiça (custas); hipossuficiência econômica.

TC, Ac. n. 491/1997: pleno acesso à justiça; tentativa prévia de conciliação (obrigatoriedade).

TC, Ac. n. 70/1998: acesso à justiça (custas).

TC, Ac. n. 234/1998: descabimento do “triplo grau de jurisdição”.

TC, Ac. n. 357/1998: prévia manifestação da parte para a aplicação de sanções processuais.

TC, Ac. n. 438/1998: amostras biológicas para exame de DNA (obtenção coercitiva); proporcionalidade (possibilidade).

TC, Ac. n. 638/1998: duplo grau de jurisdição e decisões que impõem restrições a direitos, liberdades e garantias fundamentais.

TC, Ac. n. 521/1999: acesso à justiça (custas).

TC, Ac. n. 3/2000: devido processo legal (formal).

TC, Ac. n. 459/2000: direito ao duplo grau de jurisdição (processo penal).

TC, Ac. n. 582/2000: direito ao contraditório.

TC, Ac. n. 588/2000: devido processo legal (formal).

TC, Ac. n. 597/2000: direito ao duplo grau de jurisdição (processo penal; questão jurídica eminentemente processual).

TC, Ac. n. 189/2001: descabimento do “triplo grau de jurisdição”.

TC, Ac. n. 255/2001: paridade processual de armas.

TC, Ac. n. 415/2001: duplo grau de jurisdição e decisões que impõem restrições a direitos, liberdades e garantias fundamentais.

TC, Ac. n. 289/2002: prévia manifestação da parte para a aplicação de sanções processuais.

TC, Ac. n. 349/2002: acesso à justiça (custas); hipossuficiência econômica.

TC, Ac. n. 302/2001: princípio da proporcionalidade, restrições de direitos fundamentais.

TC, Ac. n. 255/2003: direito ao contraditório; desnecessidade de notificação, ao recorrente, do parecer do Ministério Público que se pronuncia pelo não seguimento de recurso por oposição de acórdãos (artigo 109º, 2, do CPTA c.c. artigo 3º, 3º, do CPC).

TC, Ac. n. 417/2003: direito ao duplo grau de jurisdição (processo penal).

TC, Ac. n. 528/2003: imediata lavratura e juntada do auto de interceptação e gravação de conversações e comunicações telefônicas (indispensabilidade).

TC, Ac. n. 106/2004: direito à assistência advocatícia.

TC, Ac. n. 208/2004: direito à assistência advocatícia (estrangeiro irregular).

TC, Ac. n. 362/2004: prévia manifestação da parte para a aplicação de sanções processuais.

TC, Ac. n. 379/2004: captação não consentida de voz ou imagem (admissibilidade de prova).

TC, Ac. n. 638/2008: devido processo formal; liberdade de conformação do legislador.

TC, Ac. n. 121/2010: proporcionalidade; casamento entre pessoas do mesmo sexo.

TC n. 186/2010: reclamações de magistrados judiciais contra o Conselho Superior da Magistratura: devido processo formal administrativo.

Supremo Tribunal de Justiça

STJ, Proc. n. 062899, j. 10.03.1970: colisão de coisas julgadas.

STJ, Proc. n. 070967, j. 19.01.1984: ação de preferência em compropriedade (artigo 1410º, 1, do CC); inversão do ônus da prova.

STJ, Proc. n. 080164 (JSTJ0013278), j. 26.09.1991: ação de preferência; ônus da prova.

STJ, Proc. n. 082835, j. 07.07.1992: colisão de coisas julgadas.

STJ, Proc. n. 084079, j. 21.09.1993: colisão de coisas julgadas.

STJ, Proc. n. 084617, j. 15.11.1995: direito probatório; prova biológica não consentida.

STJ, Proc. n. 87641, j. 15.10.1996: impossibilidade de atualização de ofício do valor condenatório para além do valor do pedido.

STJ, Proc. 97B677, j. 21.01.1997: colisão de coisas julgadas.

STJ, Proc. n. 96A901, j. 11.03.1997: amostras biológicas para exame de DNA (obtenção coercitiva); proporcionalidade (possibilidade).

STJ, Proc. n. 98A702 (JSTJ00034778), j. 19.02.1998: culpa aquiliana; inversão do ônus da prova (“prova de primeira aparência”).

STJ, Proc. n. 99B300, j. 24.06.1999: colisão de coisas julgadas.

STJ, Proc. n. 00A118, j. 28.02.2000: poder-dever de o juiz convidar a parte ao suprimento ou à correção do vício processual; nulidade em caso de omissão do magistrado.

STJ, Revista Ampliada n. 994/98, publ. 09.02.2001: poder-dever de o juiz corrigir ou fazer corrigir de ofício erro em ato postulatório da parte.

STJ, Proc. n. 02A1633, j. 28.05.2002: direito probatório; prova biológica não consentida.

STJ, Proc. n. 03B1348 (JSTJ000), j. 15.05.2003: direito ao contraditório (audiência e defesa); aplicação ao direito sancionatório (relações privadas).

STJ, Proc. n. 07P1771 (JSTJ000), j. 12.07.2007: admissibilidade de prova obtida sem observância de pressupostos formais (proporcionalidade).

STJ, Proc. n. 07A2774, j. 18.12.2007: princípio da adequação formal.

STJ, Proc. n. 08P1795, j. 21.05.2008: devido processo legal (formal)

STJ, Proc. n. 08P3968, j. 04.12.2008: devido processo legal (formal)

Supremo Tribunal Administrativo

STA, Ac. n. 048423, in <http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/29188539>: legalidade material (ato administrativo).

Relações

RC, Rec. n. 1133, j. 29.10.1985: poderes do juiz para sugerir, admitir ou impor modificações objetivas e subjetivas na causa (limites).

RL, Proc. n. 00113254 (JTRL00038720), j. 16.01.2002: prova de trabalho suplementar; inversão do ônus da prova.

RG, Proc. n. 1355/04-1, j. 29.09.2004: ação de preferência; ônus da prova.

RP, Proc. n. 744/98, j. 27.06.1998: poder-dever de o juiz prevenir as partes sobre deficiências ou insuficiências em suas alegações.

ALEMANHA

Bundesverfassungsgericht

BVerfGE 2, 266: proporcionalidade; direito de ir e vir em zonas de ocupação militar soviética.

BVerfGE 3, 383: direitos fundamentais para pessoas jurídicas de direito privado (artigo 3º, 1, da GG).

BVerfGE 4, 7: direitos fundamentais para pessoas jurídicas de direito privado (artigo 14 da GG).

BVerfGE 4, 412: garantia do juiz natural.

BVerfGE 6, 32: garantia de conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG).

BVerfGE 7, 53: direito ao contraditório; possibilidade de influência no resultado do processo.

BVerfGE 7, 95: devido processo formal; desistência da oitiva prévia do investigado para garantir o sucesso das investigações criminais.

BVerfGE 7, 198: proporcionalidade; liberdade de expressão v. interesses privados.

BVerfGE 7, 275: direito ao contraditório; possibilidade de influência no resultado do processo.

BVerfGE 7, 377: garantia do conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG).

BVerfGE 8, 28: garantia de conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG), limites à interpretação conforme (“*Wortlaut*”).

BVerfGE 9, 89: direito ao contraditório (proporcionalidade).

BVerfGE 9, 194: acesso à justiça (limites e conformação legislativa).

BVerfGE 10, 264: acesso à justiça.

BVerfGE 13, 97: garantia do conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG)

BVerfGE 15, 126: garantia de conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG)

BVerfGE 15, 256: Estado como titular e destinatário de direitos fundamentais (impossibilidade).

BVerfGE 17, 194: direito ao contraditório (formalidades; razoabilidade).

BVerfGE 18, 147: direito ao contraditório (formalidades; razoabilidade).

BVerfGE 21, 362: direitos fundamentais para pessoas jurídicas de direito público.

BVerfGE 24, 33: atos do poder público (sindicabilidade judicial).

BVerfGE 25, 158: direito ao contraditório (decisões preclusivas e devolução de prazos).

BVerfGE 31, 314: pessoa jurídica titular da liberdade fundamental (radiodifusão).

BVerfGE 33, 303: limitação de vagas para os cursos de medicina em universidades públicas; reserva do possível.

BVerfGE 34, 238: garantia de conteúdo essencial v. princípio da proporcionalidade.

BVerfGE 35, 202: proporcionalidade; desenvolvimento da personalidade v. liberdade de radiodifusão.

BVerfGE 35, 382: discricionariedade administrativa (sindicabilidade judicial).

BVerfGE 40, 88: direito ao contraditório

BVerfGE 41, 246: direito ao processo equitativo.

BVerfGE 41, 246: devido processo formal; participação processual e debilidade física.

BVerfGE 42, 64: direito ao processo equitativo no processo civil.

BVerfGE 42, 237: garantia do juiz natural.

BVerfGE 45, 187: garantia de conteúdo essencial (liberdade ambulatorial), prisão perpétua.

BVerfGE 46, 325: direito ao processo equitativo.

BVerfGE 69, 315: garantia de conteúdo essencial (liberdade de reunião).

BVerfGE 84, 34: “*Gerichtliche Prüfungskontrolle*” (controle meramente formal).

BVerfGE 109, 279: garantia do conteúdo essencial (artigo 19, 2, da GG).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Supreme Court of United States of America

Calder v. Bull, 3 U.S. 386: retroatividade de leis , “*natural justice*”.

Marbury v. Madison, 5 U.S. [1 Cranch] 137: “*supremacy clause*”.

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316: “*supremacy clause*”.

Murray’s Lessee v. Hoboken Land Improvement Co., 59 U.S. 272: devido processo legal (“*by the law of the land*”), “*supremacy clause*”.

Dred Scott v. Sandfort, 60 U.S. 393: devido processo substantivo (prêmios).

Adkins v. Children’s Hospital, 61 U.S. 525: devido processo substantivo; salário mínimo para mulheres (inconstitucionalidade).

Munn v. Illinois, 94 U.S. 113: devido processo substantivo (prêmios).

Hurtado v. California, 110 U.S. 516: devido processo penal; discricionariedade dos parlamentos estaduais para a conformação do devido processo legal formal.

Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356: universalidade das Emendas ns.V e XIV, sem distinção de raça, cor ou nacionalidade.

Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623: devido processo substantivo (prêmios).

Pembina Consolidated Silver Mining & Milling Co. v. Pennsylvania, 125 U.S. 181: extensão do devido processo formal a pessoas jurídicas.

Dent v. West Virginia, 129 U.S. 114: licenças profissionais como “*property interests*”.

Wong Wing v. United States, 163 U.S. 228: extensão do devido processo formal a estrangeiros não residentes e imigrantes.

Convington & Lexington Tpk. Rd. Co. v. Sandford, 164 U.S. 578: extensão do devido processo formal a pessoas jurídicas.

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578: devido processo legal (“*liberty interests*”); proibição negocial contra empresas estrangeiras sem representação local.

Lochner v. New York, 198 U.S. 45: devido processo substantivo; duração de jornada de trabalho; liberdade contratual.

Adair v. United States, 208 U.S. 161: devido processo substantivo, proibição de “*yellow-dog contracts*”.

Weeks v. United States, 232 U.S. 383: diligência de busca e apreensão sem mandado judicial; invalidade das provas.

Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1: devido processo substantivo, criminalização dos “*yellow-dog contracts*”.

Terrace v. Thompson, 236 U.S. 197: extensão do devido processo formal a estrangeiros não residentes e imigrantes.

Miller v. Wilson, 236 U.S. 373: devido processo substantivo, duração do trabalho feminino nas minas.

Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60: devido processo substantivo, segregação racial em áreas residenciais, “*economic substantive due process*” (declínio).

Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251: devido processo substantivo, condições mínimas para o trabalho infantil.

Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20: devido processo substantivo, taxas federais impostas contra empregadores de mão-de-obra infantil.

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390: devido processo legal (“*liberty interests*”), direito de instituir aulas de alemão em escola particular.

Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary, 268 U.S. 510: devido processo substantivo, proibição de crianças “normais” em escolas particulares e paroquiais.

Tumey v. Ohio, 273 U.S. 510: devido processo legal: multas (inconstitucionalidade).

Powell v. Alabama, 287 U.S. 45: direito à assistência advocatícia (processo penal).

Panama Refining Company v. Ryan, 293 U.S. 388: “*economic substantive due process*”.

Retirement Board v. Alton Railroad Company, 295 U.S. 330: devido processo substantivo, direitos de pensionistas.

Schechter v. United States, 295 U.S. 495: “*economic substantive due process*”.

Louisville Bank v. Radford, 295 U.S. 555: “*economic substantive due process*”.

Carter v. Carter Coal Company, 298 U.S. 238: “*economic substantive due process*”.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379: devido processo substantivo, salário mínimo para mulheres (constitucionalidade).

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319: “*double jeopardy*”.

United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144: níveis de escrutínio judicial (“*strict scrutiny*”, “*intermediate scrutiny*”, “*rational basis review*”).

Coleman v. Muller, 307 U.S. 433: pessoas jurídicas de direito público.

Betts v. Brady, 316 U.S. 455: direito à assistência advocatícia (processo penal).

Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81: “*concurrent sentence doctrine*”.

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214: segregação de nipo-americanos durante a Segunda Guerra Mundial; constitucionalidade.

Adamson v. California, 332 U.S. 46: “*total incorporation doctrine*”.

Republic Natural Gas Co. v. Oklahoma, 334 U.S. 62: devido processo legal, imparcialidade do juiz.

United States v. Morton Salt Co., 338 U.S. 632: extensão do devido processo formal a pessoas jurídicas.

Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U.S. 33: devido processo formal; direito de ser ouvido.

Joint Anti-Facist Refugee Committee C. McGrath, 341 U.S. 123: devido processo formal; conceito unitário de “vida, liberdade ou propriedade”

Barsky v. Board of Regents, 347 U.S. 442: soberania dos Estados na regulamentação das profissões.

Booling v. Sharpe, 347 U.S. 497: devido processo legal (“*liberty interests*”).

Schware v. Board of Bar Examiners, 353 U.S. 232, 1957: licença para advocacia; regulamentação estatal.

Textile Workers Union v. Lincoln Mills, 353 U.S. 448: extensão do devido processo legal a sindicatos.

- Green v. United States*, 355 U.S. 184: “double jeopardy” (possibilidade de renúncia).
- Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643: “exclusionary rules”; “selective incorporation doctrine”.
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479: devido processo substantivo; criminalização do uso de contraceptivos.
- South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301: inaplicabilidade da “due process clause” às pessoas jurídicas de direito público.
- Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436: “exclusionary rules”; “Miranda rights”.
- Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335: garantias processuais do devido processo penal (universalidade).
- Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1: abolição das legislações antimiscigenação.
- Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145: “total incorporation doctrine”.
- Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784: “double jeopardy”.
- Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254: benefícios assistenciais como “property interests”.
- Bell v. Burson*, 402 U.S. 535: devido processo formal (exercício da profissão de motorista e respectiva habilitação); conceito unitário de “vida, liberdade ou propriedade”.
- Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438: devido processo substantivo, proibição de distribuição de contraceptivos para pessoas não casadas.
- Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471: devido processo legal (“liberty interests”); liberdade condicional.
- Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564: devido processo legal; aplicação restrita às classes de interesses materiais constitucionalmente protegidos.
- McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792: discriminação (ônus da prova)
- Withrow v. Larkin*, 421 U.S. 35: devido processo legal (exercício da profissão de médico)
- Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319: devido processo formal (investigação de duas fases).
- Paul v. Davis*, 424 U.S. 693: devido processo legal; tutela da honra e da reputação.
- Pennsylvania v. New Jersey*, 426 U.S. 660: inaplicabilidade da “equal protection clause” às pessoas jurídicas de direito público.
- Craig v. Boren*, 429 U.S. 190: proibição de venda de cerveja pouco alcoólica a jovens; desproporcionalidade.

Gardner v. Florida, 430 U.S. 349: devido processo legal (pena de morte).

Greenholtz v. Inmates of the Nebraska Penal & Correction Complex, 442 U.S. 1: devido processo legal (“*liberty interests*”); liberdade condicional.

Barry v. Barchi, 443 U.S. 55: devido processo legal (exercício da profissão de treinador de cavalo de corrida).

Marshall v. Jerrieco, 446 U.S. 238: devido processo formal.

Plyler v. Doe, 457 U.S. 202: extensão do devido processo formal a estrangeiros não residentes e imigrantes, inclusive ilegais.

United States v. Leon, 468 U.S. 897: diligências de boa fé (inaplicabilidade relativa das “*exclusionary rules*”).

Metro Life Insurance Co. v. Ward, 470 U.S. 869: extensão do devido processo formal a pessoas jurídicas.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186: lei de criminalização da sodomia e da felação homossexual (constitucionalidade).

Meyer v. Grant, 486 U.S. 414: emendas à constituição estadual, restrições, desproporcionalidade.

James v. Illinois, 493 U.S. 307: “*exclusionary rules*”; “*impeachment exception*”.

Cruzan v. Missouri Department of Health, 497 U.S. 261: devido processo substantivo; direito à recusa do tratamento médico (“*due process clause*”).

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443: condenações pecuniárias manifestamente excessivas.

Simmons v. South Carolina, 512 U.S. 154: devido processo legal (pena de morte).

McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334: proibição de publicar anonimamente; proporcionalidade.

Arizona v. Evans, 514 U.S. 1: diligências de boa fé (inaplicabilidade relativa das “*exclusionary rules*”).

Sandin v. Conner, 515 U.S. 472: devido processo legal (“*liberty interests*”); regulamentos penitenciários.

BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559: condenações pecuniárias manifestamente excessivas.

Romer v. Evans, 517 U.S. 620: proibição de discriminações positivas em favor de bissexuais e homossexuais; desproporcionalidade.

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702: devido processo substantivo; inexistência de direito a ser assistido em suicídio.

LaChance v. Erickson, 522 U.S. 262: emprego público como “*property interest*”.

Ohio Adult Parole Authority et al. v. Woodard, 523 US 272: devido processo legal (pena de morte).

Florida v. White, 526 U.S. 559: busca e apreensão sem mandado judicial; sob causa provável e em lugares públicos: possibilidade.

State Farm Mut. Automobile Insur. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408: razoabilidade de “*punitive damages*”.

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558: devido processo substantivo, direito à “*privacy*” em relacionamento homossexual e inconstitucionalidade de lei que criminaliza os respectivos atos sexuais consensuais.

Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426: extensão do devido processo formal a combatentes inimigos.

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 504: extensão do devido processo formal a combatentes inimigos.

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557: extensão do devido processo formal a combatentes inimigos.

Berghuis v. Thompkins, 560 U.S. ____: processo penal; inadmissibilidade de prova (“*exclusionary rules*”).

Cortes federais

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Westover v. United States* (1966): “*Miranda rights*”.

United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Bally Export Corp. v. Balicar, Ltd.* (1986): colisão de coisas julgadas (“*inconsistent judgements*”); ônus da alegação e da prova da “*res iudicata*”.

United States District Court for the Northern District of California, *Perry v. Schwarzenegger* (2010): limitação do casamento legal às uniões entre homens e mulheres (possibilidade).

Cortes estaduais

Court of Appeals of New York, *Wynehamer v. New York* (1856): devido processo substantivo (prêmios).

Louisiana Circuit Courts of Appeal, *Live-Stock Dealers' & Butchers' Ass'n v. Crescent City Live-Stock Landing & Slaughter-House Co.* (1870): devido processo substantivo (prêmios).

New York State Supreme Court, *Ives v. South Buffalo Railway Co.* (1911): devido processo substantivo; responsabilidade civil patronal por acidentes de trabalho.

Wisconsin Supreme Court, *Borignis v. Falk Co.* (1911): devido processo substantivo (legislação estadual).

Washington Supreme Court, *State ex rel. Davis-Smith Co. v. Clausen* (1911): devido processo substantivo (legislação estadual).

Illinois Supreme Court, *Adams v. Pearson* (1952): colisão de coisas julgadas (“*inconsistent judgements*”).

Colorado Supreme Court, *Varsity Amusement Co. v. Butters* (1964): colisão de coisas julgadas (“*inconsistent judgements*”).

California Supreme Court, *California v. Stewart* (1966): “*Miranda rights*”.

Court of Appeals of New York, *Vignera v. New York* (1966): “*Miranda rights*”.

New York State Supreme Court, *Sedio, N.V. v. Bell, Kalnick, Klee & Green* (1992): extensão do devido processo formal a entes mercantis despersonalizados.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

TEDH, Queixa n. 1169/61, j. 24.09.1963: processo equitativo e direito de presença na corte.

TEDH, Queixa n. 1727/1962, j. 29.10.1963: imparcialidade subjetiva.

TEDH, *Wemhoff v. Alemanha*, j. 27.06.1968: direito ao processo equitativo; duração razoável do processo (termo “*ad quem*”).

TEDH, *Neumeister v. Áustria*, j. 27.06.1968: celeridade processual; preeminência no processo penal (duração razoável “*in genere*” v. duração razoável no processo penal).

TEDH, *Delcourt v. Bélgica*, j. 17.10.1970: direito ao processo equitativo.

TEDH, *Ringeisen v. Áustria*, j. 16.07.1971: imparcialidade judicial (novo julgamento por quem prolatou anteriormente decisão anulada).

TEDH, *Golder v. Reino Unido*, j. 21.02.1975: processo equitativo (conceito); duração razoável do processo (civil).

TEDH, *König v. Alemanha*, j. 14.12.1976: conceito de “determinação de direitos e obrigações” na CEDH; autonomia do TEDH.

TEDH, *Sunday Times v. Reino Unido*, j. 26.04.1979: processo equitativo; direito a um tribunal imparcial v. liberdade de imprensa (publicidade judicial).

TEDH, *Airey v. Irlanda*, j. 09.10.1979: direito ao processo equitativo.

TEDH, *Deweert v. Bélgica*, j. 27.02.1980: direito ao processo equitativo.

TEDH, *Guzzardi v. Itália*, j. 06.11.1980: liberdade de ir e vir (privação v. restrição).

TEDH, *Buchholz v. Alemanha*, j. 06.05.1981: duração razoável do processo; demora justificada.

TEDH, Queixa n. 9099/80, j. 09.12.1981: processo equitativo e notificação em idioma desconhecido pela parte.

TEDH, *Eckle v. Alemanha*, j. 15.07.1982: duração razoável do processo e investigações criminais.

TEDH, *Piersack v. Bélgica*, j. 01.10.1982: imparcialidade judicial (magistrado que funcionou anteriormente no caso como órgão do Ministério Público).

TEDH, *Pretto et al. v. Itália*, j. 08.12.1983: processo equitativo; publicidade dos atos judiciais.

TEDH, *Sutter v. Suíça*, j. 22.02.1984: processo equitativo; publicidade dos atos judiciais.

TEDH, *Campbell e Fell v. Reino Unido*, j. 28.06.1984: processo equitativo; publicidade dos atos judiciais.

TEDH, *Guincho v. Portugal*, j. 10.07.1984: duração razoável do processo

TEDH, *Sramek v. Áustria*, j. 22.10.1984: processo equitativo; imparcialidade objetiva v. imparcialidade subjetiva.

TEDH, *De Cubber v. Bélgica*, j. 26.10.1984: direito ao processo equitativo; imparcialidade judicial (julgador que funcionou como juiz de instrução).

TEDH, *Colozza v. Itália*, j. 12.02.1985: devido processo penal; dispensa do acusado se puder obter novo julgamento em que seja ouvido sobre os fatos e o direito.

TEDH, *Bonisch v. Áustria*, j. 06.05.1985: paridade de armas no processo civil.

TEDH, *Feldbrugge v. Países Baixos*, j. 29.05.1986: contraditório e paridade processual de armas no processo civil; direito a iguais oportunidades de inquirição de testemunhas e de peritos.

TEDH, *Baggetta v. Itália*, j. 25.06.1987: duração razoável do processo; demora injustificada.

TEDH, *Baraona v. Portugal*, j. 08.07.1987: duração razoável do processo; comportamento da parte.

TEDH, *Lutz v. Alemanha*, j. 25.08.1987: sentido de “infração penal” na CEDH.

TEDH, *Schenk v. Suíça*, j. 12.07.1988: processo equitativo; admissão de provas ilícitas; proporcionalidade.

TEDH, *Hauschildt v. Dinamarca*, j. 24.05.1989: imparcialidade judicial (julgador que funcionou como juiz de instrução).

TEDH, *Bricmont v. Bélgica*, j. 07.07.1989: processo equitativo; direito a um tribunal imparcial v. liberdade de imprensa (publicidade judicial).

TEDH, *Kamasinski v. Áustria*, j. 19.12.1989: direito ao contraditório (desnecessidade de excessivo ritualismo).

TEDH, *Jón Kristinsson v. Islândia*, j. 01.03.1990: imparcialidade judicial (magistrado que funcionou anteriormente no caso como chefe de polícia)

TEDH, *Weber v. Suíça*, j. 22.05.1990: sentido de “infração penal” na CEDH.

TEDH, *Moreira Azevedo v. Portugal*, j. 23.10.1990: direito ao processo equitativo.

TEDH, *Queixa n. 15975/90*, j. 01.07.1991: imparcialidade judicial (julgamento da revisão pelo mesmo tribunal que prolatou a decisão de fundo).

TEDH, *Demicoli v. Malta*, j. 27.08.1991: imparcialidade judicial; cúmulo de funções consultivas e judiciais; sentido de “infração penal” na CEDH.

TEDH, *Brandstetter v. Áustria*, j. 28.08.1991: paridade de armas no processo civil.

TEDH, *Helmers v. Suécia*, j. 29.10.1991: paridade de armas no processo civil.

TEDH, *Jan-Åke Anderson v. Suécia*, j. 29.10.1991: publicidade dos atos processuais (alcance).

TEDH, *Wiesinger v. Áustria*, j. 30.10.1991: duração razoável do processo; comportamento da parte.

TEDH, *Ruotolo v. Itália*, j. 27.02.1992: duração razoável do processo; ônus da alegação.

TEDH, *Lüdi v. Suíça*, j. 16.06.1992: processo equitativo; admissão de provas ilícitas; proporcionalidade.

TEDH, *Lüdi v. Suíça*, j. 16.06.1992: inadmissibilidade de prova obtida de modo ilegal (condição: prejuízo ao caráter equitativo do processo).

TEDH, *Boddaert v. Bélgica*, j. 12.10.1992: duração razoável do processo (justo equilíbrio entre celeridade e administração da justiça).

TEDH, *Edwards v. Reino Unido*, j. 16.12.1992: inadmissibilidade de prova obtida de modo ilegal (condição: prejuízo ao caráter equitativo do processo).

TEDH, *Funke (Funke v. França)*, j. 25.02.1993: devido processo penal; direito ao silêncio; direito à não auto-incriminação (fiscalização aduaneira).

TEDH, *Dobbertin v. France*, j. 25.02.1993: dever de cooperação no processo penal (mitigação).

TEDH, *Schuler-Zraggen v. Suíça*, j. 24.06.1993: inadmissibilidade de prova obtida de modo ilegal (condição: prejuízo ao caráter equitativo do processo).

TEDH, *Imbroscio v. Suíça*, j. 24.11.1993: processo equitativo nas fases anteriores à persecução em juízo.

TEDH, *Stanford v. Reino Unido*, j. 23.02.1994: direito ao contraditório; participação paritária.

TEDH, *Fredin v. Suécia*, j. 23.02.1994: publicidade dos atos processuais (alcance).

TEDH, *Bendenoun v. França*, j. 24.02.1994: conceito de “acusação” e de “infração penal” na CEDH; autonomia do TEDH.

TEDH, *Van Hurk v. Países Baixos*, j. 19.04.1994: processo equitativo e motivação de decisões.

TEDH, *Campbell e Fell v. Reino Unido*, j. 28.06.1994: publicidade dos atos processuais (restrições).

TEDH, *Fayed v. Reino Unido*, j. 21.09.1994: procedimentos não jurisdicionais em matéria civil (inaplicabilidade do artigo 6º da CEDH).

TEDH, *Beaumartin v. França*, j. 24.11.1994: processo equitativo; independência orgânica em relação às partes e ao Poder Executivo

TEDH, *Refinarias Gregas Stran e Stratis Andreadis v. Grécia*, j. 09.12.1994: independência orgânica em relação ao Poder Legislativo.

TEDH, *Yaggi e Sargin v. Turquia*, j. 08.06.1995: duração razoável do processo e prisões cautelares; dever de cooperação no processo penal (mitigação).

TEDH, *Kerojärvi v. Finlândia*, j. 19.07.1995: direito ao contraditório (perícias).

TEDH, *John Murray v. Reino Unido*, j. 08.02.1996: devido processo penal; direito ao silêncio.

TEDH, *Lobo Machado v. Portugal*, j. 20.02.1996: direito ao contraditório (processo do trabalho).

TEDH, *Mitap e Müftüoğlu v. Turquia*, j. 25.03.1996: duração razoável do processo.

TEDH, *Thomann v. Suíça*, j. 10.06.1996: imparcialidade objetiva (novo julgamento por quem prolatou anteriormente decisão à revelia).

TEDH, *Zappia v. Itália*, j. 26.09.1996: duração razoável do processo (civil); fase executiva ou de cumprimento.

TEDH, *De Salvador Torres v. Espanha*, j. 24.10.1996: direito ao contraditório (informação minuciosa, em idioma compreensível e linguagem inteligível).

TEDH, *Vacher v. França*, j. 17.12.1996: direito de vista dos autos.

TEDH, *Mantovanelli v. França*, j. 18.03.1997: direito ao contraditório (perícias).

TEDH, *Haan v. Países Baixos*, j. 26.08.1997: processo equitativo; imparcialidade objetiva v. imparcialidade subjetiva.

TEDH, *Worm v. Áustria*, j. 29.08.1997: processo equitativo; direito a um tribunal imparcial v. liberdade de imprensa (publicidade judicial).

TEDH, *Incal v. Turquia*, j. 09.06.1998: processo equitativo; imparcialidade objetiva v. imparcialidade subjetiva.

TEDH, *Castillo Algar v. Espanha*, j. 28.10.1998: imparcialidade objetiva.

TEDH, *Styranowsky v. Polónia*, j. 30.10.1998: duração razoável do processo; “tempo morto” em escritórios e secretarias.

TEDH, *Osmo Suovaniemi e outros v. Finlândia*, j. 23.02.1999: direito a um tribunal independente e imparcial.

TEDH, *Pélissier e Sassi v. França*, j. 25.03.1999: direito ao contraditório; inadmissibilidade de prova obtida de modo ilegal (se houver prejuízo ao caráter equitativo do processo).

TEDH, *Seher Karatas v. Turquia*, j. 08.07.1999: : processo equitativo; independência e imparcialidade judicial.

TEDH, *Khalfaoui v. França*, j. 14.12.1999: processo equitativo em todos os graus de jurisdição.

TEDH, *Kahn v. Reino Unido*, j. 12.05.2000: direito ao contraditório; inadmissibilidade de prova obtida de modo ilegal (se houver prejuízo ao caráter equitativo do processo).

TEDH, *Ferrarin v. Itália, Requête n. 34203/96*, j. 26.04.2001: duração razoável do processo (termo “*a quo*” no processo penal).

TEDH, *Seher Karatas v. Turquia*, j. 09.07.2002: processo equitativo; independência e imparcialidade judicial.

TEDH, *Perna v. Itália*, j. 06.05.2003: paridade processual de armas (direito de convocar e interrogar testemunhas nas mesmas condições que o “*ex adverso*”).

TEDH, *Pescador Valero v. Espanha*, j. 17.06.2003: imparcialidade objetiva.

TEDH, *Transado Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal*, j. 16.12.2003: direito a um tribunal independente e imparcial.

TEDH, *Suda v. República Tcheca*, j. 28.10.2010: direito a um tribunal independente e imparcial (possibilidade de juízos arbitrais nos litígios de natureza patrimonial entre particulares).

TEDH, *Lucà v. Itália, Requête n. 33354/1996*, j. 27.02.2011: direito ao contraditório.

OUTROS

Organização das Nações Unidas (Comitê de Direitos Humanos)

ONU, Comitê de Direitos Humanos. Comunicação n. 779/1997, *Anni Äärelä, Jouni Näkkäläjärvi v. Finlândia* (07.11.2001): direito de acesso aos tribunais.

ONU, Comitê de Direitos Humanos. Comunicação n. 846/1999, *Jansen-Gielen v. Países Baixos* (14.05.2001): paridade processual de armas.

ONU, Comitê de Direitos Humanos. Comunicação n. 387/1989, *Arvo Karttunen v. Finlândia* (15.11.1992): garantia do juiz natural.

ONU, Comitê de Direitos Humanos. Comunicação n. 207/1986, *Moraël v. França* (28.07.1989): garantia do juiz natural.

ONU, Comitê de Direitos Humanos. Comunicação n. 223/1987, *Robinson v. Jamaica* (04.04.1989): assistência jurídica gratuita.

Organização dos Estados Americanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos)

CtIDH, *Mack Chang v. Guatemala* (25.11.2003): devido processo formal; garantias judiciais. Efetividade v. formalidade.

CtIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (02.07.2004): garantia efetiva do duplo grau de jurisdição em sede processual penal.

Austrália (*High Court of Australia*)

High Court, *Varawa v. Howard Smith Co Ltd.* (1911): suspensão da confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado em caso de uso desviado do processo.

High Court, *Leeth v. Commonwealth* (1992): garantias gerais do devido processo formal.

High Court, *Commonwealth Trading Bak v. Inglis* (1974): abuso processual, “*vexatious litigant*”.

High Court, *Burgess v. Stafford Hotel Ltd.* (1990): abuso processual, “*vexatious litigant*”.

High Court, *Packer v. Meagher* (1984): abuso processual (abandono malicioso do processo).

Espanha (Tribunal Constitucional)

Sentencia TC n. 47/1982: imparcialidade judicial.

Sentencia TC n. 8/1983: dever de motivação das decisões judiciais.

Sentencia TC n. 47/1983: inamovibilidade de juízes.

Sentencia TC n. 77/1986: princípio da correlação (congruência) entre a demanda e a sentença; prejuízo ao contraditório e ao direito de defesa.

Sentencia TC n. 150/1988: dever de motivação das decisões judiciais.

Sentencia TC n. 91/1989: princípio da correlação (congruência) entre a demanda e a sentença.

Sentencia TC n. 155/1989: direito fundamental à tutela judicial efetiva e esferas próprias da jurisdição ordinária.

Sentencia TC n. 33/1990: dever dos tribunais de sanar defeitos e omissões procedimentais superáveis.

Sentencia TC n. 80/1990: direito fundamental à tutela judicial efetiva e esferas próprias da jurisdição ordinária.

Sentencia TC n. 152/1990: efetividade jurisdicional executiva.

Sentencia TC n. 153/1992: efetividade jurisdicional executiva.

Sentencia TC n. 193/1993: dever dos tribunais de sanar defeitos e omissões procedimentais superáveis

Sentencia TC n. 7/1994: direito fundamental à tutela judicial efetiva e esferas próprias da jurisdição ordinária.

Sentencia TC n. 147/1997: dever dos tribunais de sanar defeitos e omissões procedimentais superáveis (rechaço à interpretação formalista).

Itália (*Corte Suprema di Cassazione*)

Cassazione, j. 03.06.1966, n. 53: direito probatório; restrição aos meios de prova e prejuízo à ordem jurídica justa.

Cassazione, j. 21.07.1966, n. 1983: boa fé e responsabilidade processual.

Cassazione, j. 10.03.1971, n. 680: boa fé e responsabilidade processual.

Cassazione, j. 06.02.1984, n. 874: abrangência do artigo 96 do CPC italiano (lide injusta/ilegítima).

Cassazione, j. 20.10.1990, n. 10219: boa fé e responsabilidade processual.

Cassazione, j. 10.10.1996, n. 8857: boa fé e responsabilidade processual.

Cassazione, j. 06.02.1998, n. 1286: responsabilidade civil de advogado por representação negligente.

Cassazione, j. 17.06.2004, n. 11353: poderes do juiz do Trabalho.

Cassazione, j. 04.06.2010, n. 13627: boa fé e responsabilidade processual; abrangência do artigo 96 do CPC italiano (lide injusta/ilegítima).

Japão

Grande Corte da Judicatura (“*Daishin-in*”), j. 12.07.1943: abuso processual; princípios morais confucionistas.

Tokyo District Court, j. 07.12.1963: renúncia japonesa a reparações de guerra (responsabilidades do Estado japonês).

Osaka District Court, j. 07.02.1983: abuso processual (expedientes artificiais para favorecimento no processo).

Venezuela

Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, Exp. n. 45572, j. 02.06.2008: prova de juramento decisório (inadmissibilidade).

II. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Denkweise der Rechtswissenschaft: Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung (Forschungen aus Staat und Recht)*. Wien/New York: Springer, 1979.

ABEL LLCUH, Xavier. *Iniciativa probatoria de ofício en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2005.

ABRAHAM, Henry J. PERRY, Barbara A. *Freedom and the court*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

ABRANTES, José João. “Prova Ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)”. In: *Revista Jurídica*. Lisboa: AAFDL, julho/setembro de 1986. n. 7.

ADORNO, Theodor. *Dialética negativa*. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhaon. “Montesquieu: sociedade e poder”. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os Clássicos da Política*. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2004. v. I.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo: A Responsabilidade por Pedido Infundado de Declaração da Situação de Solvência ou Indevida Apresentação por Parte do Devedor*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALBUQUERQUE, Ruy de. ALBUQUERQUE, Martim de. *História do direito português*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1993. v. I.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXANDRE, Isabel Maria Grosso Elias de Oliveira. *Provas ilícitas em processo civil*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1993.

ALEX, Robert. “*Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*”. In: *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell, jun. 2003. v. 16. n. 2. Disponível em [http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/\(ISSN\)1467-9337](http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1111/(ISSN)1467-9337) (acesso em 06.02.2011).

_____. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, 2005 (2ª ed.).

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. *La conducta en el proceso*. Buenos Aires: Editora Platense, 1988.

ALVES, Alaôr Caffé. LAFER, Celso. GRAU, Eros Roberto. COMPARATO, Fábio Konder. TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. II.

_____. *Direito Romano*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I.

ALVIM, Thereza. “*O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, par. único, e 475-L, do CPC): hipótese de ‘flexibilização’ ou inexistência da coisa julgada?*” In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMIET, Pierre. “*Clyptique susienne archaïque*”. In: *Revue d’Assyriologie et d’Archéologie Orientale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. v. LI. n. 3.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Juicios justos: Manual de Amnistía Internacional*. Madrid: Dykinson/Editorial Amnistía Internacional, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Juicios Justos: Manuel de Amnistía Internacional*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI)/Dykinson, 2000.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002.

ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *As Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. “A penhorabilidade do imóvel de família de elevado valor e de altos salários”. In: *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. ASSIS, Araken de. ALVIM, Eduardo Arruda. NERY JR., Nelson. MAZZEI, Rodrigo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. ALVIM, Thereza (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARIAS RUELAS, Salvador F. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”. In: *Gaceta*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, oct. 2002. n. 147.

ARISTÓFANES. *Las Avispas*. [s.l.]: Edición eBooket, 2012. Disponível em <http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/04-as-vespas.pdf> (acesso em 17.11.2012).

_____. *Athenian Constitution*. [s.l.]: H. Rackham, 1999. Disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0046> (acesso em 17.11.2012).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007.

_____. *Politics: A Treatise on Government*. Trad. William Ellis. London: J. M. Dent, 1912 (*Project Gutenberg*). Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm> (acesso em 31.01.2011).

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ASENCIO MELLADO, José María. “*La libertad de movimientos como derecho fundamental*”. In: *Derechos procesales fundamentales*. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Enrique López López (org.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

ASSIS, Araken de. “*Duração razoável do processo e reformas da lei processual*”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. “*Eficácia da coisa julgada inconstitucional*”. In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Salvador: JusPODIVM, 2004.

_____. “*O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário*”. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994. v. 43.

AULETE, Francisco Júlio de Caldas. *iDicionário Aulete*. [s.l.]: Lexikon Editora/Universo Online, [s.d.]. In: <http://aulete.uol.com.br> (acessos entre 2009 e 2013).

AULUS GELLIUS. *Noctes Atticae*. Disponível em: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/gellius/home.html> (acesso em 10.06.2012).

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “*Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*”. In: *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. FILOMENO, José Geraldo Brito. WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado: perfil histórico*. São Paulo: Resenha Universitária/FIEO, 1980.

BACHOF, Otto. “*Der Richter als Gesetzgeber?*” In: *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*. Tübingen: Mohr, 1977.

BARBACENA, Juliana Martins. “*J. Habermas e M. Weber: dois modelos de racionalidade jurídica*”. In: *Revista Urutágua*. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, dez. 2006/mar. 2007. n. 11.

BARBOSA, Rui. “*Escola Militar*”. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1889. v. 16, t. 1. Disponível em http://www.docvirt.no-ip.com/ObrasRui/STF_Biblioteca.htm (acesso em 17.01.2012).

_____. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1997.

_____. *República: Teoria e Prática: Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*. Petrópolis: Vozes, 1978.

BARING-GOULD, Sabine. GILMAN, Arthur. *Historia da Alemanha*. Trad. Siro García del Mazo. 3ª ed. Madrid: El Progreso, 1862.

BARLOW, Frank. *The feudal kingdom of England: 1042-1216*. 4th ed. New York: Longman, 1988.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília; Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996 (1ª ed.), 2003 (5ª ed.).

_____. “*Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPERJ, jul./dez. 1996. n. 4.

_____. “Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)”. In: LACOMBE, Maria Margarida. *1988-1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2004. v. 371.

BATISTA, J. Pereira. *Reforma do processo civil: princípios fundamentais*. Lisboa: Lex, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Intimations of Postmodernity*. London/New York: Routledge, 1992.

_____. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BAUR, Fritz. *La socialización del proceso*. Salamanca: Departamento de Derecho Procesal/Universidad de Salamanca, 1980.

_____. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin: Walter de Gruyter, 1966.

_____. “Der Anspruch auf rechliches Gehör”. In: *Archiv für civilistische Praxis*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1954. n. 153.

BEAUMONT, Bryan. “Report on Abuse of Procedural Rights for Australia”. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BELTON, Robert. AVERY, Dianne. *Employment Discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace*. 6th ed. St. Paul: West Group, 1999.

BENDER, Rolf. STRECKER, Christoph. “Access to Justice: report on the Federal Republic of Germany”. In: *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I. l. II.

BENSAÏD, Daniel. *Quem é o Juiz? Para acabar com o Tribunal da História*. Trad. Madalena Poole da Costa. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: USP, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. “Procédure et formalisme (l'expérience française)”. In: *Mélanges L. Mitsopoulos*. Athènes, [s.e.], 1993. t. 1.

BERGER, Raoul. *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

BERGSON, Henri. *Essai sur les données immédiates de la conscience*. Paris: F. Alcan, 1889.

_____. *La Pensée et le mouvant: essais et conférences*. 79^e éd. Paris: Les Presses universitaires de France, 1969.

BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. Wien: SpringerWienNewYork, 2005.

BERMUDES, Sérgio. *Inovações do CPC*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BERTALANFFY, Ludwig von. HEMPEL, Carl G. BASS, Robert E. JONAS, Hans. “General System Theory: A New Approach to Unity of Sciences”. In: *Human Biology*. Detroit: Wayne State University Press, dez. 1951. v. 23. n. 4.

BERTALLANFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. São Paulo: Vozes, 1977.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1949. v. I.

BEYERLE, Franz. *The Burgundian Code: Book of Constitutions or Law of Gundobad; Additional Enactments*. Trad. Katherine Fischer Drew. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1949.

BIHLER, Michael. *Rechtsgefühl, System und Wertung: Ein Betrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*. München: Beck, 1979.

BINDER, Julius. *Philosophie des Rechts*. Berlin: Georg Stilke, 1925.

BIONDI, Biondo. “*Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*”. In: *Studi in onore di Pietro Bonfante*. Milano: Fratelli Treves, 1930. v. 4. n. 28.

_____. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1952.

BISCARDI, Arnaldo. “*Diritto greco e scienza del diritto*”. In: BISCARDI, Arnaldo (org.). *Scritti di diritto greco: a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. “*La ‘gnome dikaiotatē’ et l’interprétation des lois dans la Grèce ancienne*”. In: BISCARDI, Arnaldo (org.). *Scritti di diritto greco: a cura di Eva Cantarella e Alberto Maffi*. Milano: Giuffrè, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Trad. Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II: Die Grundrechte*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *El futuro de la democracia*. Trad. José F. Fernández Santillán. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BONAVIDES, Paulo. “*Do Absolutismo ao Constitucionalismo*”. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2005. n. 5.

_____. *Ciência política*. 10^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 11^a ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BONTÀ, Silvana Dalla. “*La Suprema Corte statunitense generalizza l’onere di specificità dell’atto introduttivo (complaint): de Townbly (2007) a Iqbal (2009)*”. In: *Int’l Lis*. Milano: Ipsoa, 2010. v. 9. n. 2.

BORGES, Guilherme Roman. *O Direito Constitutivo: Um resgate greco-clássico do Nóminon Éthos como Eutaksía Nómini e Dikastikí Áskisis*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

BOSELMAN, Fred. CALLIES, David. BANTA, John. *The Taken Issue: An Analysis of the Constitutional Limits of Land Use Control*. Washington: Council on Environmental Quality, 1973.

BÖTTCHER, Hans-Ernst. “*The Role of the Judiciary in Germany*”. In: *German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*. Lexington: German Law Journal, out. 2004. v. 05. n. 10. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=508> (acesso em 06.01.2012).

BOUDING, Kenneth E. “*General Systems Theory: The Skeleton of Science*”. In: *Management Science*. Hanover (MD): Institute for Operations Research and the Management Sciences, abr. 1956. v. 2. n. 3.

BOURGAULT, Julie. “*Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif ? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail*”. In: *Santé, société et solidarité*. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2.

BOURKHRIS, Isabelle. “*La preuve et le harcèlement moral*”. In: <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005).

BOUTMY, Émile. *Études de droit constitutionnel: France-Angleterre-États-Unis*. 6^e éd. Paris: Armand Colin, 1913.

BOVE, Mauro. “Art. 111 Cost. e ‘Giusto Processo Civile’”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002. n. 2.

BRAGA, Antônio Pereira. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1942. v. 1.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasília: Governo Federal, 2004. In: <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm> (acesso em 24.03.2006).

BRINDEIRO, Geraldo. “O devido processo legal”. In: *Revista Consulex*. Brasília: Consulex, set. 1997. n. 09

BROX, Hans. WALKER, Wolf-Dietrich. *Zwangsvollstreckungsrecht*. 7. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 1997, 2003.

BRUNER, Heinrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1887. t. I.

BUENO, Vera Scarpinella. “Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano”. In: *Devido Processo Legal na Administração Pública*. FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). São Paulo: Max Limonad, 2001.

BÜLLESBACH, Alfred. “Princípios de teoria dos sistemas”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “Sobre o reconhecimento e a fundamentação de normas implícitas no Direito brasileiro”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2004. n. 829.

CABRAL, Antônio do Passo. “Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

CADIET, Loïc. *Code de Procédure Civile 2007*. 20^e éd. Paris: Litec, 2007.

CAIRO JÚNIOR, José. *O Acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

_____. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

_____. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.

CAMARGO, Manuela Oliveira. “*Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do STF: Os casos de conflitos entre princípios de ordem econômica*”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal (org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMBI, Eduardo. “*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. “*A Questão da Verdade na Filosofia*”. In: *Theoria: Revista Eletrônica de Filosofia*. Pouso Alegre: Faculdade Católica de Pouso Alegre, 2009. v. 1. n. 1. Disponível em http://www.theoria.com.br/edicao0109/A_questao_da_verdade_na_Filosofia.pdf (acesso em 26.02.2011).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CANDIOTTO, Cesar. “*Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault*”. In: *Kriterion: Revista de Filosofia*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, 2007. v. 48. n. 115.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999 (3ª ed.), 2003 (7ª ed.).

_____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: SAFe, 1992.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Eloísa. MUGA MUÑOZ, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. I.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARPENTER, Jane. “Glossary”. In: DAVIES, Wendy. FOURACRE, Paul (ed.). *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

CARRARA, Francesco. *Programa del corso di diritto criminale: Del delitto, della pena*. Bologna: Il Mulino, 1993.

CARRELLI, Odoardo. *La Genesi del Procedimento Formulare*. Milano: Giuffrè, 1946.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Artur da Silva. *A condenação “extra vel ultra petitem”*. [s.l.]: Verbo Jurídico, 2008.

CASAD, Robert. “*Il concetto di jurisdiction in matéria civile alla fine del ventesimo secolo. Forum conveniens e forum non conveniens*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1999. n. 4.

CASANOVA, J. F. Salazar. “*Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*”. Comunicação apresentada em 13.03.2003 no âmbito da Acção de Formação Complementar para o XVIII Curso Normal de Formação de Magistrados. In: *20ª Sessão: Fase de Instrução: Jurisprudência e Doutrina abordadas na sessão*. XXIII Curso Normal de Formação de Magistrados. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2004-2005. t. II.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Theoria das provas e sua aplicação aos atos civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho, 1917.

CATALANO, Elena Maria. “*Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*”. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1996. v. 51. n. 2.

CAVALLONE, Bruno. “*Il Processo come Contagio*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002. n. 2.

_____. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1991.

CENTRO NAZIONALE STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO. *L'Abuso del Processo del Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1997.

CHÂTELET, François. DUHAMEL, Olivier. PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio da Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Rezende. “*A emenda constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho*”. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina. 5ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990.

- CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie dela persona*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1984.
- CHINA, Sergio la. “*Giusto Processo, Laboriosa Utopia*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2005. n. 4.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.
- _____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 2000. t. I.
- CHURCHMAN, Charles West. *The Systems Approach*. New York: Dell, 1984.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. IV.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CIVININI, Maria Juliana. “*Poteri del giudice e potrei delle parti nel processo ordinário di cognizione: rievio ufficioso delle questione e contraddittorio*”. In: *Il Foro Italiano*. Bologna: Zanichelli, 1999. parte V. v. 122.
- CLAUDE, Richard. “*Comparative Rights Research: Some Intersections between Law and the Social Sciences*”. In: *Comparative Human Rights*. Richard Claude (ed.). Baltimore: John Hopkins University Press, 1976.
- CLERMONT, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. St. Paul: Thomson West Publishing Co., 2005.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002. n. 03.
- _____. “*Istanze istruttorie e poteri del giudice ex art. 184 c.p.c.*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1999. n. 4.
- _____. “*Preclusione istruttorie e diritto alla prova*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998. n. 4.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele Taruffo. *Lezioni sul processo civil*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- CONSTANT, Benjamin. “*Principes de Politique*”. Paris: Hachette, 1997.

CONTE, Amedeo. “*Décision, completude, cloture: A propos des lacunes en droit*”. In: PERELMAN, Chaïm (coord.). *Le problème des lacunes en droit*. Bruxelles: Société Anonyme d’Éditions Juridiques et Scientifiques, 1968.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations: which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. Boston: Little, Brown and Company, 1868.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. “*Introdução à edição portuguesa*”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Da boa fé no Direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Litigância de Má Fé, Abuso de Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*. Coimbra: Almedina, 2006.

CORDÓN MORENO, Faustino. “*El derecho a obtener la tutela judicial efectiva*”. In: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (et al.). *Derechos procesales fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

CORIDEN, James A. *An Introduction to Canon Law*. New York: Paulist Press, 1991.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 2002.

COSTA, Carlos Coqueijo. *Direito Judiciário do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Revogação da Sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: EDUSP, 1995.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “*Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural*”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Paulo A.V. *Simulação processual e anulação do caso julgado*. Lisboa: Minerva, 1935.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos de personalidade*. Trad. Vera Jardim, A. Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

CUSHMAN, Robert. “*Due process of law*”. In: *Encyclopaedia of the social sciences*. Edwin R. A. Seligman (ed.). New York: The Macmillan Company, 1944. v. 5.

DAKOLIAS, Maria. *Documento Técnico Número 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe (elementos para reforma)*. Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf> (acesso em 04.01.2013).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972 (2ª ed.), 1991 (16ª ed.).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANOVI, Filippo. “*Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazioni*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998. n. 3..

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos*. 2ª ed. São Paulo: Madras, 2005.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DÄUBLER, Wolfgang. *Tribunais do Trabalho na República Federal da Alemanha*. Trad. Alfred Keller. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung, 1999.

DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative law text*. 3rd ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1972.

DEGENKOLB, Heinrich. *Das Anerkenntnissurteil*. Leipzig: Alexander Edelman, 1902.

_____. *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877.

DEL GIUDICE, Federico (dir.). *Codice di Procedura Civile: spiegato Articolo per Articolo*. 8ª ed. Napoli: Edizioni Simone, 2004.

DELGADO, José Augusto. “*Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas*”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. n. 103.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. LEYSSAC, Claude Lucas de. *Libertés et droits fondamentaux*. 2^e éd. Paris, Éditions du Seuil: 2002.

DEMÓSTENES. *Discurso XXVI (Contra Timócrates)*. Disponível em www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/20452_2672.PDF (acesso em 14.01.2013).

DENNING, Lord. *The Due Process of Law*. London: Lexis Nexis Butter Worths, 1980.

DENNINGER, Erhard. *Staatsrecht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1973. v. I.

DERLÉN, Mattias. *Multilingual interpretation of European Union law*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2009.

DEUTSCH, Karl W. *The nerves of Government: Models of political communication and control*. New York: The Free Press of Glencoe, 1963.

DEUTSCHER, Isaac. *O judeu não-judeu e outros ensaios*. Trad. Moniz Bandeira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

DEUTSCHLAND. BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND. *Soziale Grundrechte als europäisches Anliegen: Vorschläge für eine europäische Grundrechtscharta (Dokumentation der Tagung 18. Mai 2000)*. Berlin: Bank für Sozialwirtschaft, 2000.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavalía, 1970. v. I.

_____. *Teoria General del Proceso*. 2^a ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 4^a ed. Milano: Giuffrè, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. “A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 1.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

- DIETZE, Gottfried. *Bedeutungswandel der Menschenrechte*. Karlsruhe: Müller, 1971.
- DILTHEY, Wilhelm. *Essência da filosofia*. Trad. Manuel Frazão. Lisboa: Editorial Presença, 1984.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado (Centro de Estudos), jan./dez. 2001. n. 55/56.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994 (3ª ed.), 2005 (12ª ed).
- _____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I a IV.
- DIRECÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DA JUSTIÇA. *Regime Processual Civil Experimental: V Relatório de Monitoração*. Lisboa: Ministério da Justiça, out. 2009.
- DÖHRING, Erich. *La prueba*. [s.t.]. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2003.
- DOMINGUES, José Maurício. “Amartya Sen, a liberdade e o desenvolvimento”. In: *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, mar./2003. n. 65.
- DONDI, Angelo. “Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France”. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953. v. II.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e “due process of law”: ensaio sobre o controle judicial de razoabilidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DUARTE, Bento Herculano. *Poderes do juiz do Trabalho: Direção e protecionismo processual*. São Paulo: LTr, 1999.
- DUFF, Antony. FARMER, Lindsay. MARSHALL, Sandra. TADROS, Victor. *The trial on trial: truth and due process*. Oxford/Portland: Hart, 2004. v. 1.
- DUFF, P. W. “Non liquet”. In: *Butterworths South African Law Review*. Durban: Butterworths, 1956. v. 3.
- DURSTON, Gregory. *Evidence: text & materials*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press/Online Resource Centre, 2011.

DWORKIN, Ronald. “Judicial discretion”. In: *The Journal of Philosophy*. New York: Journal of Philosophy Inc., out. 1963. v. 60. n. 21.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EASTON, David. *A Systems Analysis of Political Life*. New York, Wiley: 1965.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EMANUEL, Steven L. *Civil Procedure*. New York: Aspen, 2003.

ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. 2. Aufl. Heidelberg: C. Winter, 1953.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ENRIQUE PALACIO, Lino. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. t. I.

EPICURO. *Máximas Principais*. Trad. João Quartim de Moraes. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2006.

EPPING, Volker. LENZ, Sebastian. LEYDECKER, Philipp. *Grundrechte*. 2. Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 2005.

ERLICH, Eugen. *Die juristische Logik*. Aalen: Scientia, 1966.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der rechterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.

_____. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1970.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos: Ação de prestação de contas”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. n. 197.

FALLON, Damien. “L’entrée du droit au procès équitable dans le champ du droit constitutionnel”. In: *8º Congrès Français de Droit Constitutionnel (Atelier 7: Champ des mutations du droit constitutionnel - Aspects jurisprudentiels)*. Nancy: [s.e.], 2011.

Disponível em <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/fallonT.pdf> (acesso em 29.12.2012).

FARIA, Juliana Cordeiro de. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2002. n. 91. v. 795.

FARIA, Paulo Ramos de. *Regime Processual Civil Experimental: A gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2009.

FARIA, Rita Lynce de. *A inversão do ônus da prova no Direito Civil português*. Lisboa: Lex, 2001.

FAVOREU, Louis. GAÏA, Patrick. GHEVONTIAN, Richard. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. PFERSMANN, Otto. PINI, Joseph. ROUX, André. SCOFFONI, Guy. TREMEAU, Jérôme. *Droit des libertés fondamentales*. 3ª éd. Paris: Dalloz, 2005.

FAVOREU, Louis. PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 10^e éd. Paris: Dalloz, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “A competência penal da Justiça do Trabalho: um breve e crítico esboço”. In: *O que estão fazendo da nova competência da Justiça do Trabalho? Análise crítica da jurisprudência do STF, do TST e do STJ após a EC 45/2004*. COUTINHO, Grijalbo Fernandes. FAVA, Marcos Neves (org.). São Paulo: LTr, 2011.

_____. “A prisão civil do depositário judicial infiel economicamente incapaz: um outro olhar”. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*. São Paulo: ANAMATRA/LTr, abril 2010. n. 33. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jul./dez. 2009. v. 35.

_____. “Ativismo judicial para bom entendedor”. In: *Folha de S. Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã, 25.05.2009. p.A-3 (“Opinião”).

_____. *Direito à prova e dignidade humana: Cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. “Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jan./jun. 2008. n. 32.

_____. *Eficácia mandamental da sentença declaratória de vínculo empregatício em face do Instituto Nacional do Seguro Social*. Tese em Congresso Científico. Manaus: 14º CONAMAT, 2008. Disponível em www.conamat.com.br/teses/10032008204910.doc (acesso em 06.01.2013).

_____. *"Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos"*. In: *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr/ANAMATRA, 2005.

_____. *"O 'novíssimo' processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão"*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007. v. 33. n. 125.

_____. *"Outros horizontes: sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador"*. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. v. 14.

_____. *Parecer n. 01/2006 ("Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3684/2006 (do Exm.º Procurador-Geral da República")*. Brasília: ANAMATRA, 24.03.2006. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-18112009-101010/publico/PARECER_COMPET_PENAL_JUSTI_DO_TRABALHO.pdf (acesso em 02.01.2013).

_____. *"Sobre a justa grita dos servidores: a reforma da previdência social na PEC nº 40/2003: aspectos jurídicos, econômicos e sociais"*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 29.

_____. *Teoria da imputação objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: EDJ, 2006. v. I, II.

_____. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: Das bases romanas à Lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *"Tutela Processual dos Direitos Humanos nas Relações de Trabalho"*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 32. n. 121. In: *Jus Navigandi*. Teresina: [s.e.], 30.12.2005. a.10. n. 910. Disponível em <http://> (acesso em 24.03.2006).

_____. “Violência sexual contra a criança e o adolescente no marco da precarização das relações de trabalho”. In: *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*. São Paulo: LTr, 2010. v. 3. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. MAIOR, Jorge Luiz Souto. PISTORI, Gerson Lacerda. TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fênix: Por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. “Efetividade, processo penal e dignidade humana”. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. “Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal”. In: *Os 10 Anos da Constituição Federal*. MORAES, Alexandre de (coord.). São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. “O Direito como sistema de garantias”. In: OLIVEIRA JR., *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

_____. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Racío Cantarero Bandrés. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Andrea Greppi. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O papel político do Judiciário e suas implicações”. In: *Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas [on-line]*.

01.03.2010. n. 2. Disponível em <http://revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21> (acesso em 06.01.2013)

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERREIRA, Luiz Pinto. “Estado socialista”. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.), São Paulo: Saraiva, 1979. v. 34.

FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Mitteleuropäischer Rechtskreis. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1977. v. IV.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2000.

FIORENTINO, Mario G. F. “La garanzia del giudice naturale nel giusto processo e nell’ordinamento giudiziario e i suoi riflessi sull’imparzialità del giudice penale”. In: *Diritto i diritti*. Ragusa: Diritto.it, aprile 2004. Disponível em http://www.diritto.it/vetrine_precedenti/29042004.html (acesso em 10.02.2012).

FIORILLO, Celso Antonio. RODRIGUES, Marcelo Abelha. NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FOLHA DE S. PAULO. “Tribunais à luz do dia” (Editorial). *Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã, 11.02.2012, p.A-2.

FORSTHOFF, Ernst. *Verfassungsprobleme des Sozialstaates*. Münster: Aschendorff, 1954.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits: 1954-1988 (Édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, avec la collaboration de Jacques Lagrange)*. Paris: Gallimard, 1994. v. IV.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal”. In: *Devido Processo Legal na Administração Pública*. FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). São Paulo: Max Limonad, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I.

FREITAS, José Lebre de. “*Justiça e processo civil*”. In: *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1985. n. 350.

_____. *A Acção Executiva: depois da reforma*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. I-IV.

_____. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FREITAS, José Lebre de. MACHADO, A. Montalvão. PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 2º.

FREITAS, José Lebre de. REDINHA, João. PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 1º.

FREITAS, José Lebre de. SANTOS, Cristina Máximo dos. *O Processo Civil na Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FREJAVILLE, Marcel. “*Le déclin de la formule exécutoire et les réactions des tribunaux*”. In: *Mélanges Georges Ripert*. Paris: LGDJ, 1950. t. 1.

FROMM, Erich. *Psicanálise da sociedade contemporânea*. Trad. E. A. Bahia, Giasone Rebuá. 9ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FUKUYAMA, Francis. “*The Future of History: Can liberal democracy survive the decline of the middle class*”? In: *Foreign Affairs*. New York: Council on Foreign Relations, jan./fev. 2012. v. 91.

_____. *O Fim da História e o Último Homem*. Trad. Maria Goes. 2ª ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

FUX, Luiz. “*O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público*”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Trad. Ana Agud Aparicio, Rafael de Agapito. 8ª ed. Salamanca: Sígueme, 1998. v. 1.

GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Trad. José Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GALANTINI, Novella. “*Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*”. In: ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *Il*

contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria: Atti del convegno (Ferrara, 13-15 ottobre 2000). Milano: Giuffrè, 2002.

GALLIGAN, D. J. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. New York: Claredon Press/Oxford, 1996.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La Ineficacia da la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales: Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*. Navarre: Thomson/Aranzadi, 2003.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCÍA BALAUDE, Domingos. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

GARCÍA TORRES, Jesús. JIMÉNEZ BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. (31ª tiragem). São Paulo: Max Limonad, 1959. v. I. t. I.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. v. I.

GHIRGA, Maria Francesca. “Riflessioni sul significato di giudice naturale nel processo civile”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002. n. 3.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 2ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. *Modernidade e Identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. A. M Hespanha, L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GILLES, Peter. “Comparative Procedure Law”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

GIRARD, Paul-Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 8ª éd. Paris: Rousseau, 1929. v.2.

GLOSSARY RECKON LLP. London: Dyer's, 2008. Disponível em <http://www.reckon.co.uk/open/Glossary> (acesso de 2011 a 2013).

GOLDMAN, Alvin. *Knowledge in a Social Word*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Aalen: Scientia Verlag, 1986.

GOMES, Luiz Flávio. “As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório”. In: GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “Estado constitucional e democrático de Direito e o devido processo criminal”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. “Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais”. In: *A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará*. Belém: Tribunal de Justiça do Pará, 2009. v. 2. n. 3.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Marcus Lívio. “Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?”. In: *Revista CEJ*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, abr./jun. 2009. n. 45.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal Anotado*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GOYARD-FABRE, Simone. “Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno”. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYOS JR., Durval de Noronha. *Noronha's Legal Dictionary*. 4th ed. São Paulo: Observador Legal Editora, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GREENIDGE, Abel H. J. *The Legal Procedure of Cicero's Time*. New York: Claredon Press/Oxford, 1901.

GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. "A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal". In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos da PGE-SP, 1992. n. 37.

_____. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis)*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí/Fondazione Cassamarca, 2004. v. I.

_____. *De Jure Belli ac Pacis: Libri Tres*. Charleston: Nabu Press, 2012.

GRUNSKY, Wolfgang. "Il cosiddetto 'Modello di Stoccarda' e l'accelerazione del processo civile tedesco". In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1971. n. 3.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUINCHARD, Serge. "Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel?". In: *Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. Paris: Frison-Roche, 1999.

GUINCHARD, Serge. FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit communautaire*. 28^e ed. Paris: Dalloz, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cladio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (et al.). *Derechos procesales fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

HAAS, Ulrich. “*Il rapporto tra il giudice e le parti nel diritto tedesco*”. Trad. Daniele Boccucci. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2011. v. 197.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dikynson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I-II.

_____. “*Modernidad versus postmodernidad*”. In: PICÓ Y LÓPEZ, José Ramón (org.). *Modernidad y postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

_____. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. Lisboa: Martins Fontes, 2002.

_____. “*O que é a Pragmática Universal?*”. Trad. Paulo Rodrigues. In: *Racionalidade e Comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1976.

_____. “*Remarks on Erhard Denninger’s Triad*”. Trad. Christopher Long, Willam Scheurman. In: *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*. New York: John Wiley & Sons, dez. 2000. n. 4.

_____. *Técnica e Ciência enquanto “Ideologia”*. In: *Os Pensadores*. Trad. José Lino Grünnewald [et al.]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. Band 2 (*Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*).

_____. “*Wahrheitstheorien*”. In: H. Fahrenbach (comp.). *Wirklichkeit und Reflexion*. Festschrift für Walter Schultz zum 60. Geburtstag. Pfullingen: Neske, 1973.

HABSCHEID, Walther. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*. 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1990.

HAFT, Fritjof. “Direito e linguagem”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HANSEN, Mogens Herman. *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes: A Study in the Athenian Administration of Justice in the Fourth Century B.C.* Odense: Odense University Press, 1976. v. 8.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HASSEMER, Winfried. “Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social”. Trad. T. Castiñeira. In: *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Santiago Mir (ed.). Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

_____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973.

HAZARD JR., Geoffrey. “‘From Whom No Secrets are Hid’: Segretezza e ricerca della verità nel processo civile”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 53. n. 2.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.

HEIDEGGER, Martin. “Sobre a Essência da Verdade”. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XLV.

_____. *Meditação*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2010.

HELMHOLZ, Richard H. *The Oxford History of the Laws of England*. Oxford: Oxford University Press, 2004. v. I.

HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*. 10ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.

HÉRON, Jacques. *Droit judiciaire privé*. 2º éd. Paris: Précis Domat, 2002.

HERRERA FLORES, Joaquín. *De “habitaciones propias” y otros espacios negados: Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

HESS, Burkhard. "Abuse of Procedure in Germany and Austria". In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999.

HESSE, Konrad. "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland". In: *EuGRZ*. Kehl am Rhein: N.P. Engel, 1978.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

HIGHTON, Elena I. ÁLVAREZ, Gladys S. GREGÓRIO, Carlos G. *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HINKELAMMERT, Franz J. "Ética do discurso e ética de responsabilidade: uma tomada de posição crítica". In: *Ética do discurso e filosofia da libertação: Modelos complementares*. SIDEKUM, Antonio (org.). São Leopoldo: Editora Unisinos, 1994.

HIPPEL, Eike von. *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1965.

_____. *Rechtspolitik: Ziele, Akteure, Schwerpunkte*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1992.

HIRSCHL, Ran. "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide". In: *Fordham Law Review*. New York: Fordham University School of Law, 2006. v. 75. n. 2. Disponível em <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf> (acesso em 1º.02.2011).

_____. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOBBS, Eric J. *A Revolução Francesa*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira, Marcos Penchell. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

_____. *Era dos Extremos: O breve século XX, 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOCKERTS, Hans Günter. *Der deutsche Sozialstaat: Entfaltung und Gefährdung seit 1945*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2011.

HOLDSWORTH, William. *A History of English Law*. 7th ed. London: Methuen, 1956.

HOLLERBACH, Alexander. “*Ideologie und Verfassung*”. In: *Ideologie und Recht*. MAIHOFER, Werner (hrsg.). Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1969.

HOUAISS, Antônio. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. [s.l.]: Instituto Antônio Houaiss/Universo Online, [s.d.]. Disponível em <http://houaiss.uol.com.br> (acessos entre 2009 e 2013).

HOWARD, Jean Paul R. “*Cross-Border Reflections: Parents’ Rights to Direct Their Childrens’ Education under the U.S. and Canadian Constitutions*”. In: *Education Canada*. Toronto: Canadian Education Association, 2001. v. 41. n. 2. Disponível em <http://www.shibleyrighton.com/pdf/Howard/CEAArticleApril2001.pdf> (acesso em 28.01.2011).

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: Sexta Investigação (Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento)*. Trad. Zeljko Loparié, Andréa Maria Altino de Campos Loparié. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1975. v. XLI.

HUVELIN, Paul-Louis. *Cours Élémentaire de Droit Roman*. Paris: Sirey, 1927. v. I.

IAMAMOTO, Marilda Villela. *O serviço social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional*. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 1999.

IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

IHERING, Rudolf von. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*. Wien: Linde, 2009.

_____. *A Luta pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio Sociedade Cultura, 1983.

ISAY, Hermann. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Franz Vahlen, 1929.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

JACOBS, Francis. “*Opinion of Advocate General Jacobs in the European Court of Justice*”. Cases C-430/1993 e C-431/1993 (*Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas*

Cornelis van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten). In: *European Court Reports*. Luxembourg: European Court of Justice, 15.06.1995 Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CC0430:EN:PDF> (acesso em 14.02.2012).

JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Trad. Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JAIN, Anil K. *Politik in der (Post-) Moderne: Reflexiv-deflexiv Modernisierung und die Diffusion des Politischen*. München: Fata, 2000.

JAKOBS, Günther. “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*”. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985. v. 97.

JAMESON, Fredric. *Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism*. Durham: Duke University Press, 1991.

JARASS, Hans D. *Eu-Grundrechte*. München: C. H. Beck, 2005.

JASPERS, Karl. *The question of german guilt*. Trad. E. B. Ashton. 2nd ed. New York: Fordham University Press, 2001.

JAUME, Lucien. “*Le citoyen sans les corps intermédiaires: discours de Le Chapelier*”. In: *Cahiers du CEVIPOF*. Paris: Centre d’étude de la vie politique française, avril 2005. n. 39.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. 7^e éd. Paris: L.G.D.J., 1999.

JELLINEK, Georg. *Die Erklärung des Menschen-und Bürgerrechts*. Saarbrücken: Verlag Dr. Müller, 2006.

_____. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JENCKS, Charles. *What is Post-modernism?* London: Academy Editions, 1989.

JENKS, Edward. *A short history of english law: from the earliest times to the end of the year 1911*. London: Methuen & Co. Ltd., 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. 4a ed. Granada: Comares, 1993.

JOHNIGK, Frank. “*Die Bedeutung des Art. 6 EMRK für den deutschen Zivilprozess*”. In: JOHNIGK, Frank. MATT, Holger. MINELLI, Ludwig A. SCHAERZ, Patrick A. RECH,

Elisabeth. WEH, Wilfried Ludwig. *Das faire Verfahren nach Art.6 EMRK*. Köln: Dr. Otto Schmidt/Schulthess, 2005.

JOHNSON, Gerald W. *The Supreme Court*. New York: William Morrow and Company, 1962.

JUGO, Gabriela. “El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos”. In: GARCÍA, Luis M. (org.). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 2002.

JUNG, Carl Gustav. *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*. Trad. Elena Schanzer, Antonio Vitolo. Torino: Bollati Boringhieri 1977.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure*. 4th. ed. Saint Paul: West Publishing, 1996.

KARAM, Munir. “Ônus da prova”. In: *Justitia*. São Paulo: MPSP, jul./set. 1983. n. 45.

KASER, Max. HACKL, Karl. *Das Römische Zivilprozessrecht*. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 1996.

KASKEL, Walter. DERSCH, Herman. *Derecho del Trabajo*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1961

KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel, Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Franz-Xaver. *Varianten des Wohlfahrtsstaates: Der deutsche Sozialstaat im internationalen Vergleich*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

KELLY, Alfredo H. HARBISON, Winfred A. BELZ, Herman. *The American Constitution: its origins and development*. 17th ed. New York: W. W. Norton & Company, 1991. v. I.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KERN, Lucian. MÜLLER, Hans Meter (comp.). *La justicia: discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: GEDISA, 2000.

KEYNES, Edward. *Liberty, property and privacy: towards a jurisprudence of substantive due process*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 1996.

KLEIN, Franz. *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*. Wien: Manz, 1897.

_____. *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses*. Wien: Manzsche, 1900.

KNÖRINGER, Dieter. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2005.

KOWARICK, Lúcio. “Centro de cobiça”. In: *O Estado de S. Paulo*. São Paulo: o Estado de S. Paulo, 29.01.2012. p.J-3.

KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: O martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 19ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.

KRAMER, Samuel Noah. *A História começa na Suméria*. Trad. Fernando Piteira Santos. Lisboa: Europa-América, 1963.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. trad. Beatriz Vianna Boeira, Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMBERT, Maurice. “Documents pour le §3º des réformes d’Urukagina”. In: *Revue d’Assyriologie e d’Archéologie Orientale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. v. LI. n. 3.

LAMEIRAS, Luís Brites. *Comentário ao Regime Processual Experimental*. Coimbra: Almedina, 2007.

LAMPE, Ernst-Joachim [Hrsg.]. *Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1985.

LANGER, William L. *An Encyclopedia of World History*. Boston: Houghton Mifflin, 1968.

LARA PEINADO, Federico. LARA GONZÁLES, Federico. *Los primeros códigos de la humanidad*. Madrid: Tecnos, 1994.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 5. Aufl. München: C. H. Beck, 1980.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LE GALL, Jean-Pierre. “À quel moment le contradictoire? Une application de la Convention européenne de droits de l’homme”. In: *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme: Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande Chambre de la Cour de Cassation*. Bruxelles: Bruylant, 1996.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LEBRETON, Gilles. *Libertés publiques et droits de l’Homme*. 7^e éd. Paris: Armand Colin/Dalloz, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004.

LEONHARD, Franz. *Die Beweislast*. 2. Aufl. Berlin: Franz Vahlen, 1926.

LEVINSON, Ronald Bartlett. *In defense of Plato*. Cambridge: Harvard University Press, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benevindo Aires, Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I.

_____. *Processo de Execução*. Araras: Bestbook, 2001.

LIMA, George Marmelstein. “Tutela antecipada de ofício?”. In: *Revista CEJ*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, out./dez. 2002. n. 19.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “‘O Federalista’: remédios republicanos para males republicanos”. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os Clássicos da Política*. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006. v. I.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Trad. T. M. Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. CHARLES, Sébastien. *Les Temps hypermodernes*. Paris: LGF, 2006.

LIU, Ming-Sheng. *Die richterliche Hinweispflicht: Dogmatik und Rechtskultur*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009.

LLEWELLYN, Karl. “*The constitution as an institution*”. In: *Columbia Law Review*. New York: Columbia Law School, 1934. n. 34.

LLOYD, Gordon. LLOYD, Margie. *The Essential Bill of Rights: Original Arguments and Fundamental Documents*. Lanham: University Press Of America, 1998.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XVIII.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. “*O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*”. In: *Stydia Ivridica: Boletim da Faculdade de Direito (Colloquia-2)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

LOVELAND, Ian. *Constitucional law: a critical introduction*. London: Butterworths, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: 1983.

LÜKE, Gerhard. WALCHSHÖFER, Alfred (hrsg.). *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. München: Verlag C. H. Beck, 1992. Band 1.

LYON, David. *Postmodernity*. Buckingham: Open University, 1999.

LYOTARD, Jean-François. *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Trad. Geoff Bennington, Brian Massumi. Minneapolis: Minnesota University Press, 1984.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. “*Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1996. v. 1.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O Príncipe*. Trad. Maurício Santana Dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Due process of law*”. In: *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, jul./dez. 1994. v. 6. n. 2.

MACILWAIN, Charles Howard. “*Due process of law in Magna Carta*”. In: *Columbia Law Review*. Columbia: Columbia University Press, jan. 1914. v. XIV.

MACMILLAN, Margaret Olwen. *Paris 1919: Six Months That Changed the World*. New York: Random House, 2003.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. *O Federalista*. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. *Os Artigos Federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

_____. *The Federalist Papers*. New Haven: Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed01.asp e seguintes (acessos em dez. 2010 e jan. 2013).

MAFFUCCINI, Marco. “*Questioni aperte sulle preclusioni istruttorie*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2005. n. 2.

MAIA FILHO, Paulo Américo. *Os descaminhos da instrumentalidade trabalhista*. São Paulo: LTr, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. “*A Fúria*”. In: *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, nov. 2002. n. 66.

MAITLAND, Frederic William. *Bracton’s Note Book*. Cambridge: Cambridge University Press, 1887. v. I-III.

MAITLAND, Frederic William. POLLOCK, Frederick. *History of English Law*, 2nd ed. Cambridge: S. F. C. Milsom, 1968. v. I.

MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría general del Estado*. Trad. José Lión Depetre. 2^a ed. México: Fondo de Cultura Económica/Facultad de Derecho/UNAM, 1998.

MANFREDI, Valério Massimo. *Akropolis: A grande epopéia de Atenas*. Trad. Mario Fondelli. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

MANGOLDT, Hermann von. KLEIN, Friedrich. STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. München: Franz Vallen, 2005. Band 1.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. *Roteiros de Estudo de Direito Processual Civil*. Londrina: Bud Gráfica, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Salvador: JusPODIVM, 2004. v. II.

_____. “Relativizar a coisa julgada material?” In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil* (site). Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf) (acesso em 24.07.2012).

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5. t. I.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: An overview*. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999.

MARTÍN REBOLLO, Luis Martín. *Constitución Española*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. *Postmodernidad y Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS, Ana Gouveia. *A tutela cautelar no contencioso administrativo (em especial, nos procedimentos de formação dos contratos)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Ives Gandra. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990.

MARUFFI, Rita. “L’art. 111 Cost. e l’incompatibilità del giudice nel processo civile”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2003. n. 4.

MARX, Karl. *The Critique of the Gotha Programme*. London: Lawrence & Wishart, 1938.

MASHAW, Jerry L. *Due Process in the Administrative State*. London: Yale University Press, 1985.

MAUNZ, Theodor. DÜRIG, Gunther. HERZOG, Roman. SCHOLZ, Rupert. *Grundgesetz: Kommentar zum Grundgesetz*. Munich: C. H. Beck, 1985.

MAXEINER, James R. LEE, Gyoocho. WEBER, Armin. HOWARD, Philip K. *Failures of American Civil Justice in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

McKECHNIE, William Sharp. *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*. Glasgow: Maclehose, 1914.

MEDAUAR, Odete. “Poder de Polícia”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1995. n. 199.

MEDEIROS, Rui . *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELKEVIK, Bjarne. *Rawls ou Habermas: une question de Philosophie du Droit*. Bruylant (Bruxelles): Les Presses de l’Université Laval, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”. In: *Repetório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, IOB/Thomson: 2000. n. 14. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, agosto 2001. v. 1. n. 5. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br> (acesso em 08.02.2010).

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino do. “A influência do pensamento de Peter Häberle no STF”. In: *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur, 10.04.2009. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal> (acesso em 22.07.2009).

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1986-1987. v. I-III.

MENDONÇA, Luís Correia de. “Processo civil líquido e garantias: O Regime Processual Experimental Português”. In: *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2007. n. 14.

MEYER, Nadège. *L'ordre public en droit du travail: contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*. Paris: LGDJ, 2006.

MEYER-CORDING, Ulrich. *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* Tübingen: Mohr, 1973.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MICHELI, Gian Antonio. “Teoria geral da prova”. Trad. Arruda Alvim. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1976. n. 03.

_____. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MILLER, Charles A. “*The forest of due process of law: the american constitutional tradition*”. In: PENNOCK, J. Roland. CHAPMAN, John W. (ed.). *Due Process: Nomos XVIII*. New York, New York University, 1977.

MINELLI, Ludwig A. “*Faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der EMRK*”. In: JOHNIGK, Frank. MATT, Holger. MINELLI, Ludwig A. SCHAERZ, Patrick A. RECH, Elisabeth. WEH, Wilfried Ludwig. *Das faire Verfahren nach Art.6 EMRK*. Köln: Dr. Otto Schmidt/Schulthess, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasília: Governo Federal, 2004. Disponível em <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm> (acesso em 24.03.2006).

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. t. V.

_____. *História e prática do habeas corpus*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999-2011. v.1-60.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. “*A Constituição e a Democracia Portuguesa*”. In: *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: UniBrasil, jan./dez. 2005. n. 24.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996-2000. t. II (1996), IV (2000).

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. MEDEIROS, Rui Pedro Costa Melo. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I.

MITIDIERO, Daniel. “*Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. n. 197.

MOMMSEN, Theodor Mommsen. *Derecho penal romano*. Trad. P. Dorado. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MONIER, Raymond. CARDASCIA, Guillaume. IMBERT, Jean. *Histoire des institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen Age*. Paris: Montchrestien, 1956.

MONIER, Raymond. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 6^e éd. Paris: Domat-Montchrestien, 1977. t. 1.

MONTERO AROCA, Juan. “*Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria*”. Trad. Juan Cazador. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2004. n. 2.

_____. *La prueba en el proceso civil*. 3^a ed. Madrid: Civitas, 2002.

_____. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt (Barão de). *De l'esprit des lois*. In: *Les classiques des sciences sociales*. Saguenay: Université du Québec, 2010. Disponível em http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html#Anchor-23543 (acesso em 30.01.2011).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998 (2^a ed.), 2000 (3^a ed.).

MORAES, Reinaldo Branco de. “*Resultados práticos da competência penal trabalhista*”. In: *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, fev. 2007. n. 71.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “*As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*”. In: *Revista de Direito Processual Civil II*. Curitiba: Genesis, maio/agosto 1996.

_____. “*Considerações sobre a chamada ‘relativização da coisa julgada material’*”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, jan. 2005. n. 22 pp.91-111. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35558> (acesso em 14.01.2013).

_____. “*Julgamento colegiado — modificação de voto após a proclamação do resultado?*” In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

MOREIRA, Vital Martins (coord.). *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. “Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino”. In: *Revista Jurídica*. Brasília: Presidência da República, out. 2008/jan. 2009. v. 10. n. 92.

MOTT, Rodney L. *Due Process of Law*. New York: De Capo, 1973.

MOUREAU, Joseph. *Aristóteles y su escuela*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. 3ª ed. Barcelona: Praxis, 1993.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

MURITIBA, Sérgio. *Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MUSIELAK, Hans-Joachiml. *Grundkurs ZPO*. 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2005.

NAAMANI, Jacob Tarkow. “The Significance of the Act of Settlement in the Evolution of English Democracy”. In: *Political Science Quarterly*. New York: Academy of Political Science, 1943. v. 58. n. 4.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994 (1ª ed.), 1999 (5ª ed.).

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETTO, Pedro Salvetti. *Curso de Teoria do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: Ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina, 1967.

NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre*. Berlin: F. Vahlen, 1989.

NIETO, Alejandro. “Prólogo”. In: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. *Postmodernidad y Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso Básico de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. t. I.

NOGUEIRA, Maurício José. “Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOWAK, John E. ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 7th ed. Minnesota: Thomson West Publishing Co., 1995.

NUVOLONE, Pietro. “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966. n. 21 (2^a série).

O'BRIEN, David M. *What process is due? Courts and science-policy disputes*. New York: Russel Sage Foundation, 1987.

OBERMAYER, Klaus. “Über das Rechtsgefühl”. In: *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1986. n. 41.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal: Introducción*. 3^a ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Princípios constitucionais do processo civil no âmbito recursal”. In: FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.).

Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ORSAY, Anne. “La notion de harcèlement moral trois ans apres l’adoption de la loi du 17 janvier 2002”. In: *Le village de la justice*. Disponível em <http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71> (acesso em 15.07.2012).

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Catedra, 1984.

ORTH, John V. *Due Process of Law: a Brief History*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003.

OTEIZA, Eduardo David. “Abuse of procedural rights in Latin America”. In: TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

_____. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PALACIO, Lino E. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1992.

PALAMAS, Gregorio. *Che cos'è l'ortodossia: Capitoli, scritti ascetici, lettere, omelie*. Milano: Bonpiani, 2006.

PAOLI, Ugo Enrico. “L’Antico Diritto di Gortina”. In: *Antologia Giuridica ed Antiquaria*. Milano: A. G. Milano, 1968. v. I.

_____. “Processo Attico”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1966. v. XIII.

_____. “Processo Attico”. In: *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Utet, 1939. v. X.

PARSONS, Talcott. “Interaction. Social interaction”. In: *Encyclopedia of the social sciences*. New York: Free Press, 1968. v. 7.

_____. *Sociological theory and modern society*. New York: Free Press, 1967.

PARSONS, Talcott. ACKERMAN, Charles. “The concept of social system as a theoretical device”. In: *Concepts, theory and explanation in the behavioural sciences*. DIRENZO, Gordon J. (org.). New York: Random House, 1966.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. “*Dimensão política do processo: direito, poder e justiça*”. In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. v. 5.
- _____. “*O devido processo e o duplo grau de jurisdição*”. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1982. v. 78. n. 277.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Da Antecipação de Tutela: Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEDRO SAGÜÉS, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- PÉLISSIER, Jean. SUPIOT, Alain. JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. 23^e éd. Paris: Dalloz, 2006.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “*Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Lógica jurídica e nova retórica*. Trad. Vergínia J. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- _____. *Los Derechos Fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PERILLO, Chiara. “*La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societario*”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2006. n. 1.
- PERROT, Georges. *El Derecho Público de Atenas*. Trad. Luís de Terán. Madrid: La España Moderna, 1910.

PETERS, Egbert. *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. München: Verlag C. H. Beck, 1992. Band 1.

_____. *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983.

PHILLIPS, O. Hood. *Constitutional and Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 1962.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PIERI, Paolo Francesco. *Introdução a Karl Gustav Jung*. Trad. José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2005.

PIETRO, Alfredo di. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

PIMENTA, José Roberto Freire. “A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho”. In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, fev. 2001. v. 65. n. 02.

PIMENTEL, Alexandre Freire. “A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. “A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917”. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2006. n. 169.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?”. In: *Justiça Restaurativa*. SLAKMON, Catherine. DE VITTO, Renato Campos Pinto. PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PINTO, Rui. *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar: A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PISANI, Mario. “‘Giusto processo’ e partecipazione dell’imputato alle rogatorie dibattimentali”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM: 2004. n. 4.

PIZZORUSSO, Alessandro. “Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale”. In: *Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1996.

PLATÃO. *A República*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

POLLAK, Louis Heilprin. *The Constitution and the supreme court: a documentary history*. Cleveland: The World Co., 1966. v. 1.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998. t. I-II.

_____. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Hutchinson and Co., 1959.

_____. *The Open Society and Its Enemies*. 5th ed. Princeton: Princeton University Press, 1971. v. 1.

PORTO, Éderson Garin. *Manual de Execução Fiscal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. n. 112.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PROUDHOM, Pierre-Joseph. *Théorie de la propriété*. Paris: Librairie Internationale, 1866.

PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1958. n. 18.

QUINTAS, Paula. QUINTAS, Hélder. *Da Prática Laboral à Luz do Novo Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

RADBRUCH, Gustav. ZWEIGERT, Konrad. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 9. Aufl. Stuttgart: Koehler, 1952.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso Penal: Lectura constitucional*. Barcelona: Bosch, 1988.

_____. “*Abuse of Procedural Rights? Spain and Portugal*”. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

RAPHAEL, Frederic. *Popper: o historicismo e sua miséria*. Trad. Jézio H. B. Gutierre. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

RATO, João. “*Contra-ordenações laborais*”. In: *Questões Laborais*. Coimbra: Associação de Estudos Laborais (A.E.L.), 2005 (ano X). n. 21.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford/Melbourne/Cape Town: Oxford University Press, 1972.

_____. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. “*Instituto jurídico*” (verbete). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1980. v. 45.

_____. *Filosofia do Direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. “*As funções e o estatuto processual do agente de execução e seus reflexos no papel dos demais intervenientes no processo executivo*”. In: *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2004. n. 9.

_____. “*O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do Processo Civil*”. In: *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 1.

_____. “*Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade: recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova*”. In: *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Ministério Público, abr./jun. 1994. n. 58.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

RÊGO, Nelson Melo de Moraes do. “*Do processo civil como fator de desenvolvimento sócio-econômico*”. In: *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), 2011. v. 15. n. 21.

_____. *Do processo civil como fator de desenvolvimento sócio-econômico*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2001.
- REID, John Phillip. *Constitutional History of the American Revolution*. Madison: University of Wisconsin, 1986. v. I.
- REINELT, Ekkehart. “§ 139 ZPO – Die richterliche Prozessförderungspflicht in der Praxis”. In: *Bayerischer Anwaltbrief*. München: Dr. von Göler, nov./2007. n. 1. Disponível em http://www.bghanwalt.de/veroeffentlichungen/vo_r53_c.htm (acesso em 26.07.2012).
- REISCHL, Klaus. “Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit: ein Betrag zu § 139 Abs. 1 ZPO”. In: *Zeitschrift für Zivilprozeß*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 2003. 116. Band. Heft 1.
- REUTER, Timothy. *Germany in the early middle ages: 800-1056*. New York: Longman, 1997.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.
- RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Milano: Giuffrè, 1999.
- RICE, Roger L. “Residential Segregation by Law: 1910-1917”. In: *The Journal of Southern History*. Houston: Southern Historical Association: may 1968. v. 34. n. 2. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2204656> (acesso em 14.01.2011).
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A. *Derecho Procesal Constitucional*. 2ª ed. Lima: Grijley, 1999.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. “El derecho al juez predeterminado por la ley”. In: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (et al.). *Derechos procesales fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- ROMANI, Dagoberto. “O juiz, entre a lei e o direito”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1998. n. 633.
- ROMANO, Giovanni. PELLEGRINI, Maria Grazia. PAROTTA, Domenico Antonio. *La Nuova Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: Per un Effettivo Giusto Processo*. Milano: Giuffrè/Cosa & Come, 1999.

ROSENBERG, Leo. *Die Stellvertretung im Prozeß: Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts, nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung*. Berlin: Franz Vahlen, 1908.

_____. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou Principes du droit politique*. [s.l.]: Metalibri, 2008. v1.0s. Disponível em http://www.biblio.org/ml/libri/r/RousseauJJContratSocial_s.pdf (acesso em 28.01.2010).

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I (*Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*).

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002.

RÜMELIN, Gustav. “Über das Rechtsgefühl”. In: *Kanzlerreden: Kanzler der Universität Tübingen 1870-1889*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1907.

RUSSO, Carlo. “Eguaglianza delle armi”. In: *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa: GDDC, 1998. ns. 75/76. Disponível em <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-b.pdf> (acesso em 23.02.2011).

RUTHERGLEN, George. *Employment Discrimination Law: visions of equality in theory and doctrine*. New York: Foundation Press, 2007.

RUTTLEY, Philippe. MacVAY, Iain. WEISBERGER, Marc (ed.). *Due Process in WTO Dispute Settlement*. London: Cameron May, 2001.

SABATÉ, Luis Muñoz. *Técnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. 3ª ed. Barcelona: Praxis, 1993.

SACHS, Michael. *Verfassungsrecht II: Grundrechte*. 2. Aufl. Berlin/Heidelberg: Springer, 2003.

SÁEZ LARA, Carmen. *La Tutela Judicial Efectiva y el Proceso Laboral*. Madrid: Civitas, 2004.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. “Hugo Grotius: direito natural e dignidade”. In: *Cadernos de Ética e Filosofia Política*. São Paulo: FFLCH/USP, fev. 2006. n. 15.

SALDANHA, Alfredo. *Modernidad y postmodernidad: Filosofía de la cultura y teoría estética*. Valencia: Episteme, 1997.

SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual del derecho político: Los problemas de la democracia*. Buenos Aires: Bibliográfico Argentino, 1959.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “A judicialização da política”. In: *Público*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Universidade de Coimbra, 26.05.2003. Disponível em <http://www.ces.fe.uc.pt/opiniaibss/078en.php> (acesso em 1º.02.2011).

SANTOS, Flávio José dos. “A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos”. In: *Jus Navigandi*. Teresina: Jus Navigandi, 11.03.2011. n. 2809. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18627> (acesso em 04.01.2013).

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAVGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840. v. I.

_____. *Juristische Methodenlehre: Kollegnachschrift von Jacon Grimm*. Stuttgart: G. Wesensberg, 1951.

SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, jul./ago. 2005. v. 7. n. 32.

SCAPARONE, Metello. *Elementi di Procedura Penale: I principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1999.

SCHAEFER, Thomas. *Die richterliche Hinweispflicht im Zivilprozess*. Hamburg: Druckstock, 2005.

SCHAERZ, Patrick A. “Der Begriff des ‘fairen Verfahren’ gemäss Art. 6 EMRK in der schweizerischen Rechtspraxis”. In: JOHNIGK, Frank. MATT, Holger. MINELLI, Ludwig A. SCHAERZ, Patrick A. RECH, Elisabeth. WEH, Wilfried Ludwig. *Das faire Verfahren nach Art.6 EMRK*. Köln: Dr. Otto Schmidt/Schulthess, 2005.

SCHERMERS, Henry G. “The New European Court of Human Rights”. In: *Common Market Law Review*. London: British Institute of International and Comparative Law, feb. 1998. v. 35. n. 01.

SCHMIDT, Reiner. *Wirtschaftspolitik und Verfassung: Grundprobleme*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1971.

SCHNEIDER, Hans. “Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen”. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SCHWAB, Karl Heinz. GOTTWALD, Peter. “Verfassung und Zivilprozeß”. In: Walther HABSCHEID, J. (hrsg.). *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung: Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983*. Bielefeld: Giesecking, 1983.

SCHWAB, Martin. *Grundzüge des Zivilprozessordnung*. Heidelberg: C. F. Müller, 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SCHWARTSMAN, Hélio. “Tão perto, tão longe”. In: *Folha de S. Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã, 27.01.2012. p.A-2.

SCHWARTZ, Bernard. *A Book of Legal Lists*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. *Direito Constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1936.

SEIA, Jorge Alberto Aragão. “A Justiça Portuguesa enfrenta hoje dias difíceis” (discurso). In: http://www.asjp.pt/divulgacao/discurso04_03.html (acesso em 05.07.2005).

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Inequality reexamined*. Nova York/Cambridge: Russel Sage Foundation/Harvard University Press, 1992.

SIDOU, José Maria Othon. *Processo civil comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA, Ana Paula Mota da Costa e. *A Litigância de Má Fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. “A realização coerciva de testes de ADN em acções de estabelecimento de filiação”. In: *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço* (Separata). Coimbra: Almedina, 2002. v. II.

_____. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus”. In: *Revista Trabalhista: direito e processo*. Brasília: ANAMATRA/LTr, abr./jun. 2011. v. 10. n. 38.

_____. *Processo de Execução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. v. I.

SILVA, Antonio Álvares da. *Competência penal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “Nota do Tradutor”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “O proporcional e o razoável”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002. n. 798

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 6ª ed. v. I-IV.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ruy Martins Altenfelder. “*Harmonia dos Poderes?*” In: *Folha de S. Paulo*. São Paulo: Folha da Manhã, 20.11.2009. p.A-3 (“*Opinião*”).

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Luso. MESQUITA, Duarte Romeira. BRITO, Wanda Ferraz de. *Código de Processo Civil Anotado*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SORIANO, Ramón. *Las Libertades Públicas*. Madrid: Tecnos, 1990.

SOUSA, Miguel Fernando Pessanha Teixeira de. “*A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais*”. In: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm (acesso em 18.06.2004).

_____. “*Apreciação de alguns aspectos da ‘Revisão do Processo Civil – Projecto’*”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados, julho 1995. Ano 55º. n. II.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. “*O objecto da sentença e o caso julgado material: O estudo sobre a funcionalidade processual*”. In: *BMJ*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1983. n. 325.

SOUTO, Cláudio. *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SPIEGELMAN, Art. *Maus: a história de um sobrevivente*. Trad. Antonio de Macedo Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

STARCK, Christian. “*Die Grundrechte des Grundgesetzes*”. In: *JuS*. München: C.H. Beck, 1981.

_____. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 1-2.

STEFANO, Rodolfo de. *Il Problema del Potere*. Milano: Giuffrè, 1962.

STEVENS, Robert. *The Independence of Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

STEWART, Cynthia. *The evolution and interpretation of due process of law*. Ann Arbor: ProQuest, 2005.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*. Durham: Carolina Academic Press, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. “A repercussão geral das questões constitucionais e a admissibilidade do recurso extraordinário: preocupação do constituinte com as ‘causas irrelevantes’”. In: AGRA, Walber de Moura (org.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRONG, Frank R. *Substantive due process of law: a dichotomy of sense and nonsense*. Durham: Carolina Academic Press, 1986.

STUBBS, William. *Germany in the early middle ages: 476-1250*. London: A. Hassal, 1908.

_____. *Lectures on Early English History*. London: Longman, Green, and Co., 1906.

_____. *Selected Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*. Oxford: Clarendon Press, 1900.

STÜRNER, Rolf. “Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung”. In: *Festschrift für Fritz Bauer*. GRUNSKY, Wolfgang. STÜRNER, Rolf. WALTER, Gerhard. WOLF, Manfred (hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 1981.

SUDRE, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 8^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

SUJECKI, Bartosz. *Das elektronische Mahnverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TANIGUSHI, Yasuhei. “*Abuse of Procedural Rights: a Japanese Perspective*”. In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

TARUFFO, Michele (ed.). *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

TARUFFO, Michele. “*Presunzioni, inversioni, prova del fatto*”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992. v. 46. n. 3.

_____. “*Verità e probabilità nella prova dei fatti*”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. I-III.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. “*Direitos humanos e relações jurídico-privadas*”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. “*Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JR., Humberto. “*Processo Justo e Contraditório Dinâmico*”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, jan./jun. 2010. v. 2, n. 1.

_____. “*As nulidades no Código de Processo Civil*”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. n. 30.

THOMÉ, Nilson. “*Considerações sobre modernidade, pós-modernidade e globalização nos fundamentos históricos da educação no contestado*”. In: *Veja S. Paulo*. São Paulo:

Abril Cultural, 2008. n. 22. In: *Achegas.net*. Rio de Janeiro: [s.e.], dez. 2003. n. 14. Disponível em http://www.achegas.net/numero/quatorze/nilson_thome_14.htm (acesso em 01.02.2013).

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Trad. E. Higgins. Rio de Janeiro: Saga, 1967.

_____. *Oeuvres complètes de Tocqueville*. Jacob Peter Mayer (dir.). Paris: Gallimard, 1951. t. I (*De la démocratie en Amérique*), v. 2.

TOMA, Richard. “*Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*”. In: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. NIPPERDEY, Hans-Carl (hrsg.). Berlin: Reimar Hobbing, 1929. B. 1.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

TOMMASEO, Ferruccio. “*Intervento*”. In: *Les mesures provisoires en procédure civile*. TARZIA, Giuseppe (dir.). Milano: Giuffrè, 1985.

TORRINA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. 4ª ed. Porto: Gráficos Reunidos, [s.d.].

TOURAINÉ, Alain. *Entrevista* [17 de janeiro, 2011]. Rio de Janeiro: *Globo News*. Entrevista concedida a Leila Sterenber (Programa “*Milênio*”).

_____. *La société post-industrielle: Naissance d’une société*. Paris: Denoël, 1969.

_____. *Sociologie de l’action*. Paris: Éditions du Seuil, 1965.

_____. *Un nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy*. Trad. Agustín López Tobajas. Buenos Aires: Paidós, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 4.

TRIBE, Laurence Henry. *American constitutional law*. 2nd ed. Mineola: Foundation Press, 1988.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia 1998-2002*. Madrid: Cortes Generales, 2003. t. I-II.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Posfácio*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (org.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. t. 6.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROISI-PATON, Kimberly. *The Right to Due Process*. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2000.

UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004.

UGAZ ZEGARRA, Fernando. “*El principio de imparcialidad y el Ministerio Público*”. Disponível em <http://www.biblioteca.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm> (acesso em 26.02.2008).

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. “*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*”. In: *Revista Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, set. 2003. n. 18.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Universitaria, 1982.

VARELA, Casimiro A. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERDE, Giovanni. “*L’inversione degli oneri probatori nel processo*”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992. v. 46. n. 3.

_____. “Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2000. n. 2.

_____. “Le ideologie del processo in un recente saggio”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2002. n. 3.

VERHEYDEN-JEANMART, Nicole. *Droit de la preuve*. Bruxelles: Maison Larcier, 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie Costituzionali del Processo Civile: Due Process of Law e Art. 24 Cost.* Milano: Giuffrè, 1973.

VOBRUBA, Georg (hrsg.). *Der wirtschaftliche Wert der Sozialpolitik*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1989.

VOLLKOMMER, Max. “Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß”. BRUNS, Rudolf. BALTAZER, Johannes *et al.* (hrsg.). *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*. Berlin: Franz Vahlen, 1980.

_____. *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß: eine neue Prozeßmaxime?* In: SCHWAB, Karl-Heinz. GOTTWALD, Peter. PRÜTTING, Hanns [hrsg.]. *Festschrift für Karl-Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1990.

WALD, Arnaldo. NISHIOKA, Alexandre. *O STF e o devido processo legal*. In: *Correio Braziliense (Suplemento Direito e Justiça)*. Brasília: Diários Associados, 07.05.2007. n. 6.

WALTER, Gerhard. “Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all’apertura internazionale”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998. n. 1.

WALZER, Michael. *Sphères de justice: Une defense du pluralisme et de l’égalité*. Paris: Éditions du Seuil, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Processo versus cultura da desobediência. A regra do art. 14 do CPC brasileiro”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba: TRT 9ª Reg., jul./dez. 2004. n.53.

WASSERMAN, Ronda. *Procedural Due Process: A Reference Guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger, 2004.

WASSERMANN, Rudolf. *“Sprachliche Probleme in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung”*. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik*. München: C. H. Beck, 1981.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *“Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC”*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Trad. Calógeras A. Pajuaba. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. v. XXXVII.

_____. *“A política como vocação”*. Trad. Waltensir Dutra. In: *Ensaio de sociologia*. GERTH, H. H. MILLS, C. Wright (org.). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. *“Três Tipos Puros de Poder Legítimo”*. Trad. Artur Morão. In: *Três Tipos de Poder e Outros Escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005.

_____. *Wirtschaft und Gesellschaft*. WINCKELMANN, J. (hrsg.). Tübingen: Mohr: 1975-1976. Band 1.

WEBER, Petra. *Gescheiterte Sozialpartnerschaft: Gefährdete Republik? Industrielle Beziehungen, Arbeitskämpfe und der Sozialstaat. Deutschland und Frankreich im Vergleich (1918-1933/39)*. München: Oldenbourg WissenschaftsVerlag, 2010.

WEFFORT, Francisco C. (org). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2004 (13ª ed.), 2006 (14ª ed.). v. I-II.

WEGEN, Gerhard. GACK, Christine. *“Mediation in pending civil proceedings in Germany: practical experiences to strengthen mediatory elements in pending court proceedings”*. In: *IBA Mediation Committee Newsletter*. London: International Bar Association Legal Practice Division, dez. 2006.

_____. *“Obligatory Mediation as Precondition for Court Proceedings in Germany”*. In: *IBA Mediation Committee Newsletter*. London: International Bar Association Legal Practice Division, set. 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 12ª ed. Trad. Bustos Ramirez, Sergio Yañez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

WIEACKER, Franz. *Gesetz und Richterkunst: Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung*. Karlsruhe: Müller, 1958.

WILBURG, Walter. *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht: Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950*. Graz: Jos. A. Kienreich, 1950

_____. *The development of a flexible system in the area of private law: inaugural address as rector magnificus of the Karl-Franzens University in Graz on November 22, 1950*. Trad. Herbert Hausmaninger. Wien: Manz, 2000.

WILLIAMS, Douglas E. *Truth, Hope and Power: the thought of Karl Popper*. Toronto: University of Toronto Press, 1989.

WOOD, Ian. "Disputes in late fifth- and sixth-century Gaul: some problems". In: DAVIES, Wendy. FOURACRE, Paul (ed.). *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

WORMALD, Patrick. "Charters, law and the settlement of disputes in Anglo-Saxon England". In: DAVIES, Wendy. FOURACRE, Paul (ed.). *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

_____. "Bede, the Bretwaldas and the Origins of the Gens Anglorum". In: WORMAND, P. BULLOUGH, D. COLLINS, R. (ed.). *Ideal and Reality in Frankish and Anglo-Saxon Society: studies presented to F. M. Wallace-Hadrill*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

WORMS, Frédéric. *Droits de l'homme et philosophie*. Paris: Presses Pocket, 1993.

_____. *Le vocabulaire de Bergson*. Paris: Ellipses, 2000.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. "La noción de un proceso penal con todas las garantías". In: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (et al.). *Derechos procesales fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZEISS, Walter. *Die arglistige Prozeßpartei: Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhalten im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1967.

ZIEGLER, Jean. "Das tägliche Massaker des Hungers". In: *Widerspruch*. Zürich: Widerspruch, 2. Halbjahr 1995. n. 47.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre: Eine Einführung*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 1990.

ÍNDICE GERAL

Apresentação do texto.....	03
Resumos.....	08
Plano Geral.....	10
Abreviaturas e siglas.....	13

INTRODUÇÃO

§ 1º. Introito.....	25
1.1. Breve esboço. Das “intervenções intuitivas” no devido processo formal.....	25
1.2. O problema.....	47
1.3. Os (possíveis) equacionamentos: perseguindo modelos juscientíficos para uma Justiça intuitiva.....	58
 § 2º. As teses: encaminhamentos e consectários.....	 69
 § 3º. Justificativas.....	 75
 § 4º. Metodologia e percurso da exposição.....	 82
 § 5º. Pressupostos de investigação.....	 86
5.1. A Teoria dos Sistemas e a Sistemática Jurídica. O Direito como sistema aberto e móvel.....	86
5.2. A falácia do juiz “neutro”.....	110
 §6º. Delimitação geográfica da abordagem. Enfoques prioritários.....	 128

PARTE I

O “*due process of law*” na História e no Direito

Capítulo 1

DEVIDO PROCESSO LEGAL: ESCORÇO HISTÓRICO, ATUALIDADES E PERSPECTIVAS GERAIS

§ 7º. Solução pública de conflitos e garantias processuais na Antiguidade.....	135
7.1. Solução pública de conflitos e garantias processuais nos direitos cuneiformes.....	135
7.2. Solução pública de conflitos e garantias processuais na Grécia.....	145
7.3. Solução pública de conflitos e garantias processuais no Direito Romano..	154
7.3.1. Lei das XII Tábuas. O processo penal romano nos tempos da República.....	154
7.3.2. Sistema das “ <i>legis actiones</i> ”	169
7.3.3. Sistema formulário.....	176
7.3.4. Sistema da “ <i>cognitio extraordinaria</i> ”	211
7.4. Conclusões parciais. As primícias do devido processo.....	227
 § 8º. Garantias processuais na Idade Média	233
8.1. Solução pública de conflitos e garantias processuais na Idade Média.....	233
8.1.1. Germânia.....	235
8.1.2. Inglaterra (séculos IX a XIII).....	248
8.2. Devido processo na “ <i>common law</i> ”	251
8.2.1. Influência do direito germânico medieval na semântica do “ <i>due process of law</i> ”	251
8.2.2. As <i>leges Henrici Primi</i>	258
8.2.3. A <i>Unknown Charter</i>	265
8.2.4. A <i>Magna Charta</i> (1215) e suas reedições.....	270

8.2.5. O princípio “ <i>by the law of the land</i> ” e o “ <i>due process</i> ”	286
8.3. Poder temporal vs. poder espiritual na Idade Média. Os direitos individuais nos regimes feudais e as garantias do processo canônico.....	295
8.4. Conclusões parciais. A consumação do devido processo.....	315
§ 9º. Garantias processuais na Idade Moderna.....	320
9.1. Absolutismo, Estado moderno e devido processo.....	320
9.2. Devido processo na Inglaterra isabelina.....	336
9.2.1. O devido processo na <i>Petition of Rights</i> de 1628.....	336
9.2.2. O devido processo no <i>Bill of Rights</i> de 1689.....	343
9.2.3. O devido processo no <i>Act of Settlement</i> de 1701.....	352
9.3. Conclusões parciais. A consolidação do devido processo.....	358
§ 10º. Garantias processuais na Idade Contemporânea.....	361
10.1. Transição para a contemporaneidade. O devido processo estadunidense.....	361
10.1.1. Prolegômenos. Ainda o “ <i>law of the land</i> ”	361
10.1.2. Devido processo na Declaração de Direitos da Virgínia (16.06.1776).....	365
10.1.3. Devido processo na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (04.07.1776) e na obra dos Federalistas.....	370
10.1.4. Devido processo na Constituição dos Estados Unidos da América: Emendas Constitucionais ns. V e XIV.....	380
10.1.5. Evolução do “ <i>due process</i> ” no século XX.....	384
10.1.5.1. Primeira fase. Prevalência da visão procedimentalista.....	384
10.1.5.2. Segunda fase. “ <i>Economic substantive due process</i> ”	391
10.1.5.3. Terceira fase. “ <i>Noneconomic Substantive due process</i> ”: o “ <i>due process</i> ” como instrumento de concretização dos direitos fundamentais.....	402
10.2. O devido processo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e nas Constituições francesas de 1793 e de 1848.....	410
10.3. O devido processo na Constituição de Weimar (11.08.1919).....	424

10.4. O devido processo no Direito Internacional Público e Comunitário (século XX).....	431
10.4.1. O devido processo na Declaração Universal dos Direitos do Homem (10.12.1948)	431
10.4.2. O devido processo na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (04.11.1950) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (07.12.2000).....	440
10.4.3. O devido processo na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (22.11.1969).....	454
 § 11º. Garantias processuais no Direito pós-moderno.....	465
11.1. Modernidade e pós-modernidade a partir de JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, KARL POPPER, ALAIN TOURAINE e JÜRGEN HABERMAS.....	465
11.2. A ruptura paradigmática: evidências.....	482
11.3. Técnica processual, interesses e justo processo na pós-modernidade.....	491
 Capítulo 2 “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” 	
§ 12º. “Substantive due process” e Estado Democrático de Direito.....	503
12.1. Democracia e direitos humanos fundamentais.....	503
12.2. Devido processo substantivo e concretização dos conteúdos jusfundamentais.....	512
 § 13º. “Substantive due process” e Estado Republicano.....	525
13.1. O dogma da tripartição de poderes (de MONTESQUIEU a nossos dias)...	525
13.2. Devido processo substantivo e superação dogmática da ideia de estrita separação funcional dos poderes da República. Da tripartição integrada ou interagente.....	537
13.3. Juristocracia?.....	549

§ 14º. “ <i>Substantive due process</i> ” e princípio da proporcionalidade.....	562
14.1. O princípio da proporcionalidade: conceito, elementos e ubiquação.....	562
14.2. Proporcionalidade e razoabilidade.....	579
§ 15º. O “ <i>substantive due process</i> ” na jurisprudência.....	583
15.1. “ <i>Substantive due process</i> ” e proporcionalidade na jurisprudência da <i>Supreme Court</i> (Estados Unidos da América).....	583
15.2. “ <i>Substantive due process</i> ” e proporcionalidade na jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Alemanha).....	594
15.3. “ <i>Substantive due process</i> ” e proporcionalidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional (Portugal).....	612
15.4. “ <i>Substantive due process</i> ” e proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Brasil).....	630

Capítulo 3

“*PROCEDURAL DUE PROCESS*”

§ 16º. O devido processo formal.....	648
16.1. Conceito.....	648
16.2. Pessoas tuteladas.....	658
16.3. Interesses protegidos.....	672
16.4. Alcance recursal: duplo grau de jurisdição?.....	689
16.5. Particularizações.....	695
16.5.1. No processo civil.....	695
16.5.2. No processo penal.....	701
16.5.3. No processo do trabalho.....	709
§ 17º. “ <i>Procedural fairness</i> ” e abuso de direitos processuais: a repulsa do “indevido processo”.....	712
§ 18º. “ <i>Procedural due process</i> ”, justo processo e “Verdade”.....	748

§ 19º. Processo equitativo no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	766
§ 20º. O “<i>procedural due process</i>” na jurisprudência.....	794
20.1. “<i>Procedural due process</i>” na jurisprudência da <i>Supreme Court</i> (Estados Unidos da América).....	794
20.2. “<i>Procedural due process</i>” na jurisprudência do <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Alemanha).....	809
20.3. “<i>Procedural due process</i>” na jurisprudência do Tribunal Constitucional (Portugal).....	827
20.4. “<i>Procedural due process</i>” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Brasil).....	837

Capítulo 4

AS DIMENSÕES DO DEVIDO PROCESSO E AS SUAS INTERAÇÕES SISTÊMICAS (CONCLUSÕES PARCIAIS)

PARTE II

Direitos humanos fundamentais e “*due process of law*”

Capítulo 1

PROCESSO E TUTELA DE DIREITOS

§ 21º. O Estado liberal e as liberdades públicas. O juiz imparcial.....	870
21.1. Estado liberal e ideologia. O juiz “enunciador” da lei.....	870
21.2. Crítica: a “<i>due process clause</i>” entre a Justiça e a Democracia.....	880
§ 22º. O Estado social e as funções sociais do Estado. O juiz engajado.....	886
22.1. A “questão social” e os direitos humanos de segunda geração (dimensão). Princípio da isonomia e constitucionalismo social: enfoques.....	886

22.2. O surgimento das justiças classistas. A Justiça do Trabalho brasileira (histórico e vicissitudes) e o juiz “desconstrutor”. Proteção vs. paternalismo/tutela vs. emancipação. Crítica.....	901
§ 23º. O Poder Judiciário no Estado Pós-Moderno. O juiz construtivo.....	938
23.1. Sociedade pós-moderna, conflito de interesses e discricionariedade judicial	938
23.2. O “modelo de Stuttgart” e os poderes assistenciais do juiz na pós-modernidade. O princípio da cooperação e a superação da perspectiva inercial	956

Capítulo 2

DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

§ 24º. Direito, princípios e regras. Um diálogo com ALEXY e DWORKIN (interlúdio).....	984
§ 25º. O devido processo legal no rol dos direitos humanos fundamentais: direito ou garantia? As restrições jusfundamentais. O princípio do devido processo legal possui um conteúdo essencial intangível?	998
§26º. Concreções do devido processo legal formal ou procedimental.....	1016
26.1. O direito à tutela judicial efetiva: acesso à jurisdição e direito à execução	1016
26.2. O direito ao juiz natural. Imparcialidade e independência.....	1031
26.3. O direito à ampla defesa e ao contraditório.....	1046
26.4. O direito ao processo público.....	1055
26.5. O direito à duração razoável do processo.....	1064

PARTE III

A tutela processual de direitos humanos fundamentais e suas inflexões no devido processo formal

Capítulo 1

CASUÍSTICA DE INFLEXÕES FORMAIS NO PROCESSO

§ 27º. Inflexões basais na competência e no direito de ação.....	1073
27.1. Inflexões de competência material.....	1073
27.2. Inflexões no princípio dispositivo: “ <i>ne procedat iudex ex officio</i> ”?.....	1098
27.2.1. Tutelas judiciais de ofício e relativização do princípio da inércia jurisdicional: o caso brasileiro. Liminares contra o Poder Público.....	1098
27.2.2. Tutelas judiciais de ofício: ultrapetição e extrapetição. Relativização do princípio da correlação entre a demanda e a sentença.....	1128
 § 28º. Inflexões nos direitos de defesa.....	 1140
28.1. Princípio do contraditório na perspectiva infletida. Restrições legais....	1140
28.2. Restrições judiciais. As inflexões “expansivas” ou impróprias.....	1150
 § 29º. Inflexões no direito de prova (I). Repartição do ônus da prova.....	 1158
29.1. As teorias sobre o ônus da prova. A tese de ROSENBERG.....	1158
29.2. Inversão e dispensa do ônus da prova. As concessões da legislação ordinária às necessidades atuais do processo.....	1171
29.2.1. O caso brasileiro.....	1171
29.2.2. O caso português.....	1185
29.3. Conclusões parciais. Por uma repartição do ônus da prova dinâmica e sensível à natureza da pretensão de direito material.....	1198
 § 30º. Inflexões no direito de prova (II). Poderes instrutórios do juiz.....	 1216

§ 31º. Inflexões no direito de prova (III). Admissibilidade da prova e tutela judicial efetiva.....	1235
31.1. Provas ilícitas vs. provas ilegítimas. As “<i>exclusionary rules</i>”.....	1235
31.2. Admissibilidade judicial de provas inadmissíveis “<i>a priori</i>”.....	1250
§32º. Outras inflexões: relativização da coisa julgada.....	1270

Capítulo 2

O JUIZ CONSTRUTIVO E A ADSCRIÇÃO CONSTITUCIONAL DE NOVOS DIREITOS PROCESSUAIS

§33º. Poderes assistenciais: limites. Dos (novos) direitos processuais constitucionalmente adscritos.....	1295
--	-------------

TESE

§34º. As Teses. Devido processo integral: por um modelo racional de decisão nas inflexões formais.....	1354
---	-------------

ÍNDICES

I. Índices de jurisprudência.....	1357
Brasil.....	1357
Portugal.....	1367
Alemanha.....	1371
Estados Unidos da América.....	1373
Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.....	1379
Outras.....	1385
II. Índice bibliográfico.....	1388
III. Índice geral.....	1451